



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,**

am 11. Juni 2015 hat am Frankfurter Standort unser Kanzleigespräch stattgefunden. An dieser Veranstaltung haben ca. 250 (!) Betriebsratsmitglieder teilgenommen. Eine kurze Zusammenfassung der Veranstaltung findet sich in der Rubrik „Rück-Blick“.

Der Schulungsanspruch von Betriebsratsmitgliedern nach § 37 Abs. 6 BetrVG ist in der Praxis immer wieder Ausgangspunkt für Auseinandersetzungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. In der Rubrik „Betriebsräte“ stellen wir den Beschluss des BAG vom 20.08.2014 vor. In dem Beschluss geht es um die Frage, inwieweit ein Betriebsratsmitglied, welches als Beisitzer in eine Einigungsstelle entsandt worden ist, einen Schulungsanspruch bzgl. der in der Einigungsstelle behandelten Materie hat, wenn der Referent der Schulung gleichzeitig auch externer Beisitzer in der Einigungsstelle ist.

In der Rubrik „Betriebsräte“ haben wir diesmal noch zwei weitere aktuelle praxisrelevante Entscheidungen aufgenommen, auf welche wir besonders hinweisen möchten. In einem Beschluss vom 30.04.2015 hat das Arbeitsgericht Hamburg näher festgelegt, welche „Standards“ für die Durchführung von geheimen Wahlen, gerade auch bei betriebsratsinternen Wahlen zu beachten sind. Das Arbeitsgericht Oldenburg hat sich im Beschluss vom 21.05.2015 mit der Frage auseinandergesetzt, ob gesetzliche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Arbeitszeitfragen, nach Durchführung von Warnstreiks, auch dann beschränkt sind, wenn sich die Anordnung des Arbeitgebers auf Tage bezieht, an denen nicht gestreikt wird.

In der Rubrik „Arbeitnehmer“ widmen wir uns heute einer „besonderen“ Gruppe von Arbeitnehmern, nämlich den Profifußballern. Das Arbeitsgericht Mainz hatte über die Wirksamkeit der Befristung bei dem ehemaligen Torhüter von Mainz 05 zu entscheiden. Das Arbeitsgericht Mainz hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass die Eigenart der Arbeitsleistung eines Profifußballers, die Befristung als solche nicht rechtfertigen kann. Das kann Auswirkungen auf den gesamten Profi-Mannschaftssport haben.

Schließlich haben wir wie immer auch weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen zum Individual- wie auch zum Kollektivarbeitsrecht in Kurzform aufbereitet.

Viel Spaß bei der Lektüre des aktuellen Newsletters!

**Eure/Ihre  
schwegler rechtsanwälte**



<b>„Rück-Blick“ Kanzleigespräch:</b>		<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Erforderlichkeit der Schulung eines in die Einigungsstelle entsandten Betriebsratsmitglieds</i></b>	<b>5</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Mitbestimmung des Betriebsrats bei Arbeitskämpfen – Einstweilige Anordnung zur Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG</i></b>	<b>9</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Abberufung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds; Anforderungen an eine geheime Abstimmung</i></b>	<b>13</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Kündigungsausschluss im Sozialplan – Betriebsverfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz</li><li>- Offensichtlich kein Mitbestimmungsrecht bei Anbringung einer Kamera-Attrappe – kein Anspruch auf Einrichtung einer Einigungsstelle</li><li>- Betriebsratswahl wegen genereller Anordnung der Briefwahl unwirksam</li><li>- Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Facebook-Auftritt des Arbeitgebers</li></ul>	<b>16</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Befristungsrecht für Profifußballer</i></b>	<b>20</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Mindestlohn – Keine Anrechnung von Urlaubsgeld und jährlicher Sonderzahlung</li><li>- Leistungsbeurteilung im Zeugnis – Arbeitnehmer muss überdurchschnittliche Leistung beweisen</li><li>- Zahlung von Urlaubsabgeltung</li><li>- Mindestlohn – Auch bei Entgeltfortzahlung an Feiertagen und bei Arbeitsunfähigkeit</li></ul>	<b>22</b>
<b>Veranstaltungen</b>		<b>26</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>28</b>
<b>Impressum</b>		<b>29</b>



Am 11. Juni 2015 fand bereits zum 6. Mal das Kanzleigespräch an unserem Frankfurter Standort statt.

Wir haben den Eindruck, dass unser alljährliches Kanzleigespräch zu einer festen Größe in der betriebsrätlichen Veranstaltungslandschaft geworden ist. Das macht die Teilnehmerzahl von ca. 250 Betriebsrätinnen und Betriebsräten mehr als deutlich. Hierfür ein **herzliches Dankeschön** an Euch/Sie alle.

Die überaus zahlreiche Teilnahme spricht, so meinen wir, vor allem für die Themen, die zur Diskussion standen und natürlich auch für die Qualität unserer Referenten. Sicherlich sprechen 250 Betriebsratsmitglieder aber auch für die Verbundenheit, die man für unsere Kanzlei empfindet, in der sich – so hoffen wir – vor allem die Wertschätzung für die Qualität unserer Arbeit und für das kollegiale Miteinander bei der Lösung betrieblicher Problemstellungen ausdrückt.

Unsere Referentin, Frau Dr. Silke Kohlschitter, Richterin am Arbeitsgericht Frankfurt am Main, referierte zu dem Thema „Aktuelle Rechtsprechung im Betriebsverfassungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats“. Frau Dr. Kohlschitter gelang es, alle anwesenden Teilnehmer mit einem spannenden Vortrag zu überzeugen. Ihr besonderes Augenmerk legte Frau Dr. Kohlschitter dieses Jahr auf die Mitbestimmung beim Arbeits- und Gesundheitsschutz – eine nach ihrer Auffassung besonders wichtige Aufgabe des Betriebsrats. Denn diverse Studien haben ergeben, dass insbesondere psychische Leiden aufgrund von Stress im Betrieb unter den ArbeitnehmerInnen zugenommen haben. Sie riet dazu, Betriebsvereinbarungen zur Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG abzuschließen und diese auch auf psychische Gefahren zu erstrecken. Dabei wies sie auf eine aktuelle Entscheidung des BAG vom 30.09.2014 hin, wonach der Arbeitgeber die Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung zwar gem. § 13 Abs. 2 ArbSchG auf einen Dienstleister übertragen kann, dieses aber nichts daran ändert, dass bei der Umsetzung dieser gesetzlichen Handlungspflichten ein Handlungsspielraum besteht, bei dessen Ausfüllung der Betriebsrat im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer zu beteiligen ist. In Streitfällen entscheide dann die Einigungsstelle.

In der Diskussion mit den Teilnehmern bestätigte sich, dass es sich bei der Gefährdungsbeurteilung um ein ebenso aktuelles, wie sensibles Thema handelt: Ca. 50% der anwesenden Betriebsräte haben bereits eine Betriebsvereinbarung hierzu abgeschlossen oder befinden sich hierüber in Verhandlungen.



Am Nachmittag schloss sich unsere zweite Referentin, die Kommunikationsberaterin, Frau Ute Demuth, mit ihrem Referat zum Thema „Social Media in der Arbeit von Betriebsräten“ an. Mit Social Media sind alle digitalen Technologien, Medien, Anwendungen und Plattformen wie z.B. Weblogs, Wikis und soziale Netzwerke gemeint, über die Nutzerinnen und Nutzer, also auch Arbeitnehmer und Betriebsräte, miteinander kommunizieren und Inhalte austauschen können. Frau Demuth berichtete unseren Teilnehmern sehr gelungen und aufschlussreich über ihre zahlreichen Erfahrungen mit dem Medieneinsatz in Interessenvertretungen. Sehr anschaulich präsentierte sie hier eine Facebook-Seite des Personalrats am Uniklinikum Essen (<https://www.facebook.com/PersonalratAmUniklinikumEssen>). Auf dieser Seite berichtet der Personalrat über die Inhalte der Personalrats-sitzungen – auch mit kleinen Filmen (Video Podcasts) – sowie über aktuelle Themen rund um das Klinikum. Die Seite ist ein wirklich gelungenes Beispiel dafür, wie ein Personal- oder Betriebsrat die sozialen Medien nutzen kann, um die Mitarbeiter zu jeder Zeit und an jedem Ort über betriebspolitische Ziele und beteiligungsorientierte Entwicklung in betrieblichen Regelungen zu informieren.

Die Rückmeldung der Teilnehmer zu unserem Kanzleigespräch war durchweg sehr positiv:

*„... Das Kanzleigespräch war aus meiner Sicht sehr informativ und zudem in einem angenehmen Rahmen. Für mich war es insbesondere die Gelegenheit, einen persönlichen Eindruck von Frau Kohlschitter zu erhalten...“*

*„ ... vielen Dank für die Einladung - auch im Namen meiner Kollegin, zu dieser tollen Veranstaltung...“*

*„ ... Ich bedaure, dass ich nicht teilnehmen konnte, mein Kollege erzählte mir heute Morgen, dass es ein sehr gutes Seminar war und ich hoffe, dass es nächstes Jahr klappt ... “*

*„ ... herzlichen Dank für die hervorragend organisierte Veranstaltung, die sehr spannend war... „*



**Dr. Michael Bachner, Frankfurt am Main**  
**(für das Team von schwegler rechtsanwälte)**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Erforderlichkeit der Schulung eines in die Einigungsstelle entsandten Betriebsratsmitglieds**

– BAG Beschluss vom 20.08.2014 - 7 ABR 64/12 –

### **Leitsatz**

Die Teilnahme eines in die Einigungsstelle entsandten Betriebsratsmitglieds an einer Schulungsveranstaltung zur kritischen Auseinandersetzung mit der inhaltlichen Thematik der Einigungsstelle ist dann nicht erforderlich i.S.d. § 37 VI BetrVG, wenn die Referenten externe Beisitzer eben dieser Einigungsstelle sind.

Die Erforderlichkeit kann sich auch nicht allein aus der Tätigkeit von Betriebsratsmitgliedern als Beisitzer der Einigungsstelle ergeben, da es nicht zu den Amtspflichten und Aufgaben der Betriebsräte gehört, Beisitzer in einer Einigungsstelle zu sein.

### **Sachverhalt**

Die Arbeitgeberin, ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, weigert sich, den Betriebsrat von den Kosten freizustellen, die durch den Besuch einer Schulungsveranstaltung entstanden sind. Das Betriebsratsmitglied S besuchte eine Schulungsveranstaltung zum Thema „Verfahren für die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Arbeitsschutzgesetz“, da S als Beisitzerin der Einigungsstelle zum Thema „Gefährdungsbeurteilung“ entsandt wurde. Referenten der streitgegenständlichen Schulungsveranstaltung waren die ebenfalls als Beisitzerin der Einigungsstelle bestimmte M und der Rechtsanwalt G.

Der Betriebsrat hat beim Arbeitsgericht die Freistellung von Schulungskosten durch die Arbeitgeberin beantragt. Seiner Ansicht nach gewährleiste der Besuch des Seminars, dass S im Rahmen ihrer Tätigkeit als Beisitzerin die Vorschläge der Einigungsstelle eigenständig und unabhängig beurteilen könne.

Die Arbeitgeberin hat die Abweisung des Antrags beantragt.

Sie ist der Ansicht, der Besuch der S an der Schulungsveranstaltung sei für die Tätigkeit als Beisitzerin der Einigungsstelle nicht erforderlich gewesen. Schließlich sei bereits durch die externen Beisitzer – M und Rechtsanwalt G – das für die Arbeit der Einigungsstelle erforderliche Fachwissen vorhanden. Darüber hinaus seien die externen Beisitzer gleichzeitig Referenten der Schulungsveranstaltung, weshalb eine kritische Auseinandersetzung der S mit der inhaltlichen Arbeit der Einigungsstelle nicht ermöglicht werde.



Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen, die nächsthöhere Instanz, das Landesarbeitsgericht (LAG), hat jedoch dem Betriebsrat Recht gegeben. Die Arbeitgeberin wehrt sich gegen die Entscheidung des LAG und macht die Wiederherstellung der Entscheidung des Arbeitsgerichts, also die Antragsabweisung, geltend.

## **Entscheidung des Gerichts**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat der Arbeitgeberin Recht gegeben und einen Anspruch des Betriebsrats nach § 40 I BetrVG - wonach der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt - auf Freistellung von den Schulungskosten abgelehnt. Der Betriebsrat durfte die Teilnahme der S an der Schulungsveranstaltung nicht für erforderlich halten.

Nach § 37 VI BetrVG ist der Besuch einer Schulungsveranstaltung dann erforderlich, soweit diese Kenntnisse vermittelt, die für die Arbeit des Betriebsrats notwendig sind.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Kenntnisvermittlung erforderlich ist, kommt es nach der ständigen Rspr. des BAG (vgl. BAG, 18.01.2012, 7 ABR 73/10, Rn. 25) darauf an, ob die Lerninhalte - unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Betrieb - für die gegenwärtige oder in naher Zukunft liegende sach- und fachgerechte Aufgabenerfüllung des Betriebsrats benötigt werden. Das vermittelte Wissen muss also für die Arbeit im Betriebsrat erforderlich sein.

Auf dieses Erfordernis kann jedoch verzichtet werden, wenn es sich um die Vermittlung von Grundlagenkenntnissen (im Betriebsverfassungsrecht, Arbeitsrecht, Arbeitssicherheit und Unfallverhütung) bei erstmalig gewählten Betriebsratsmitgliedern handelt. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Der Betriebsrat hat hinsichtlich der Erforderlichkeit des Seminars zwar einen Beurteilungsspielraum, dennoch muss er darlegen, weshalb das Betriebsratsmitglied (hier also S) das in dem Seminar vermittelte Wissen für die Betriebsratsarbeit benötigt.

Dem Betriebsrat sei es im vorliegenden Fall aber nicht gelungen vorzutragen, warum der Besuch des Seminars für S als Betriebsratsmitglied aufgrund der konkreten betrieblichen Verhältnisse erforderlich war. So könne sich allein aus der Tätigkeit als Beisitzerin die Erforderlichkeit nicht ergeben, da die Beisitzer-Tätigkeit grundsätzlich nicht zu den Aufgaben oder Amtspflichten der BR-Mitglieder gehört.



Das BAG begründet dies mit der Funktion der Einigungsstelle und der Rolle der Beisitzer. Die Einigungsstelle sei eine „betriebsverfassungsrechtliche Institution eigener Art“. Sie beseitige zwangsweise Pattsituationen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Bereich der gleichberechtigten Mitbestimmung. Beisitzer seien „frei von Weisungen“ und hätten eine „gewisse innere Unabhängigkeit“. Gegenüber den Betriebsparteien seien sie „weder deren Vertreter noch deren verlängerter Arm.“

Zudem hätten Beisitzer nach Ansicht des Gerichts auch grundsätzlich keinen Schulungsanspruch. Die Vorschriften über die Einigungsstelle sähen dies nicht vor. Eine entsprechende Anwendbarkeit des Schulungsanspruchs aus § 37 VI BetrVG auf die Beisitzer scheidet aus, da es sich hierbei nicht um eine planwidrige Regelungslücke handle. Das Gesetz überlässt es Arbeitgeber und Betriebsrat je zur Hälfte, die Beisitzer zu bestimmen. Die Entscheidung wer Beisitzer der Einigungsstelle wird, wird dabei u.a. auf Grundlage der Kenntnisse, Erfahrungen und dem Vertrauen in die entsprechende Person getroffen. Es ist daher möglich, das notwendige Wissen über externe Beisitzer in die Einigungsstelle zu integrieren. Damit scheidet auch für das Betriebsratsmitglied S in der Funktion als Beisitzerin ein Schulungsanspruch gem. § 37 VI BetrVG analog aus.

Der Betriebsrat könne aber grundsätzlich einen eigenen Schulungsanspruch damit begründen, dass er die Arbeit der Einigungsstelle begleite und in dieser Funktion die Arbeit der Einigungsstelle selbstständig beurteilen müsse. Für diese Aufgabe benötige er dann die im Seminar vermittelten Kenntnisse. Nach Ansicht des BAG sei die Einigungsstelle unabhängig und auch nicht dafür zuständig, den Betriebsrat zu beraten, weshalb es auch nicht auf die Kompetenz der externen Beisitzer ankomme. Allerdings gewährleiste eine Schulung durch externe Beisitzer der Einigungsstelle nicht, dass eine kritische Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der Einigungsstelle ermöglicht werde. Das Gericht folgt insoweit der Argumentation des Arbeitgebers. Eine Schulung durch Referenten, die zugleich externe Beisitzer der Einigungsstelle sind, sieht das BAG demnach nicht als erforderlich i.S.d. § 37 VI BetrVG an.



## **Bedeutung für die Praxis:**

Der Betriebsrat muss also in den oben dargestellten Fällen die Erforderlichkeit für die Schulungsveranstaltung aus anderen Gründen als den vorgebrachten, wie z.B. die spätere Durchführung einer Gefährdungsanalyse, begründen können. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Kosten für eine Schulung durch einen Referenten, der zugleich Beisitzer der Einigungsstelle ist, vom Arbeitgeber übernommen werden müssen.



**Charlotte Roth, Düsseldorf**

◀ *zur Inhaltsübersicht*





## **Mitbestimmung des Betriebsrats bei Arbeitskämpfen – Einstweilige Anordnung zur Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG**

– ArbG Oldenburg, Beschluss vom 21.05.2015 - 6 BVGa 2/15 –

Das Arbeitsgericht Oldenburg hat durch Beschluss vom 21.05.2015 der Arbeitgeberin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aufgegeben, es zu unterlassen, Mehrarbeit außerhalb des jeweiligen Streiktages anzuordnen oder entgegenzunehmen, ohne dass hierfür die Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder die fehlende Zustimmung durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden wäre.

Die Arbeitgeberin ist ein bundesweit tätiges Dienstleistungsunternehmen, das insbesondere auf dem Gebiet der Zustellung von Briefsendungen und Postsendungen sowie Paketen tätig ist. Die Arbeitgeberin betreibt 49 Niederlassungen. Durch Spruch einer Einigungsstelle zum Thema Arbeitszeit ist die folgende Regelung getroffen worden:

### „§ 5 Mitbestimmung des Betriebsrats

- Abs. 1. Überschreitungen der dienstplanmäßigen Arbeitszeit bedürfen der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats, sofern kein Ausnahmefall im Sinne des Abs. 2 vorliegt.
- Abs. 2. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Überschreitung der dienstplanmäßigen Arbeitszeit um bis zu 60 Minuten Arbeit täglich gilt als erteilt, sofern
- a. das Arbeitszeitkonto den Rahmen der halben WAZ nicht übersteigt, und
  - b. die Summe der Überschreitungen 120 Minuten je Kalenderwoche nicht übersteigt.“

Die Arbeitgeberin und die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) verhandeln aktuell über den Abschluss eines neuen Tarifvertrages. Im März 2015 hat ver.di die Arbeitgeberin über die beabsichtigte Durchführung von Warnstreiks informiert. Mit Schreiben vom 15.04.2015 kündigte ver.di an, ab dem 15.04.2015 bei der Arbeitgeberin zu weiteren Warnstreiks aufzurufen. Ab dem 17.04.2015 führte ver.di dann Warnstreiks bei der Arbeitgeberin durch. Bestreikt wurde u.a. auch die „mechanisierte Zustellbasis“. Durch den Warnstreik kam es zu Beladungsrückständen.



Der zuständige Niederlassungsleiter informierte den Betriebsratsvorsitzenden darüber, dass er am folgenden Werktag, einem Tag nach Beendigung des Warnstreiks, die Arbeitszeit auf 10,45 Stunden (10 Stunden Arbeit, 45 Minuten Pause) verlängern wolle. Der Betriebsratsvorsitzende widersprach dem. Danach informierte die Arbeitgeberin per Auslage von Zetteln und per E-Mail betroffene Mitarbeiter über die beabsichtigte Arbeitszeitverlängerung. Zusätzlich ordnete die Arbeitgeberin telefonisch und per SMS gegenüber Mitarbeitern, die nach dem Dienstplan einen arbeitsfreien Tag hatten, an, am 04.05.2015 zur Arbeit zu erscheinen.

Am 04.05.2015 wurde der Warnstreik, wie es angekündigt war, nicht fortgesetzt. Alle Arbeitnehmer nahmen pünktlich ihre Arbeit auf. Gegen 15.00 Uhr forderten mehrere Mitglieder des Betriebsrats den Niederlassungsleiter auf, seine Anordnung der Mehrarbeit zurückzunehmen. Dieser Aufforderung kam die Arbeitgeberin nicht nach.

Das Arbeitsgericht Oldenburg hat den im Beschlusswege geltend gemachten Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bejaht und auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechende Unterlassungsverfügungen erlassen.

Das Arbeitsgericht legt zunächst dar, dass sowohl die Verlängerung der täglichen Arbeitszeit als auch die Anordnung, Arbeitnehmer „aus dem Frei“ zurückzuholen, der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG unterliegen. Dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 unterfalle nicht nur die Frage, ob im Betrieb überhaupt in mehreren Schichten gearbeitet werden soll und wann (Arbeitstag und Uhrzeit) jeweils die einzelnen Schichten beginnen und enden sollen. Das Mitbestimmungsrecht umfasse auch den Schicht- oder Dienstplan selbst. Mitbestimmungspflichtig seien der Schichtplan und dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der Arbeitnehmer zu einzelnen Schichten. Deshalb umfasse das Mitbestimmungsrecht auch die Festlegung derzeitlichen Lage der einzelnen Schichten und die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten habe. Vom Mitbestimmungsrecht sei auch die Frage umfasst, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von bereits aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden könne, also insbesondere auch die Frage, ob Arbeitnehmer aus dem „Frei“ zurückgerufen werden können.

Diese Mitbestimmungsrechte stehen dem Betriebsrat, so das Arbeitsgericht Oldenburg, auch während eines Arbeitskampfes grundsätzlich zu. Der Betriebsrat bleibe mit allen Rechten und Pflichten im Amt und habe dieses Amt auch während eines Arbeitskampfes wahrzunehmen.



Lediglich einzelne Beteiligungsrechte des Betriebsrats in einem vom Arbeitskampf unmittelbar betroffenen Betrieb unterlägen arbeitskampfbedingten Einschränkungen. Eine Aufhebung von Mitbestimmungsrechten komme nicht in Betracht. Eine Einschränkung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei Maßnahmen zur Abwehr von Folgen eines Arbeitskampfes komme nur dann in Betracht, wenn die Mitbestimmung des Betriebsrats unmittelbar und zwangsläufig zur Folge hätte, dass die Arbeit des Arbeitgebers, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen oder Folgen eines Arbeitskampfes zu begegnen, ernsthaft beeinträchtigt würde.

Hieraus leitet das Arbeitsgericht Oldenburg folgendes ab:

„Will der Arbeitgeber während eines Streiks in seinem Betrieb für arbeitswillige Arbeitnehmer aus streikbedingten Gründen vorübergehend die betriebsübliche Arbeitszeit verlängern, so bedarf er dazu nicht der Zustimmung des Betriebsrats. Anderenfalls könnte der Betriebsrat eine dem Arbeitgeber sonst mögliche Abwehrmaßnahme verhindern oder zumindest bis zur Herbeiführung einer Entscheidung der Einigungsstelle erheblich hinauszögern.“

Hieraus folge aber nicht, dass der Arbeitgeber während des Warnstreiks ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unter Änderung des Schichtplans Mehrarbeit **für die Zeit nach dem (Warn-)Streik** (außerhalb des Streiktages) anordnen dürfe. Bei Anordnung einer Maßnahme des Arbeitgebers während des Warnstreiks aber für die Zeit nach dem Arbeitskampf fehle es an einem unmittelbaren Eingriff in das Kampfgeschehen. Die Maßnahme betrifft nicht mehr das Kampfgeschehen des Warnstreiks selbst, sondern die Zeit danach. Es handele sich bei dieser Maßnahme nicht mehr um eine verfassungsrechtlich geschützte Kampfhandlung. In diesem Fall sei also die Zustimmung des Betriebsrats zur Maßnahme erforderlich. Außerhalb des Warnstreiks müsse der Arbeitgeber entweder den Betriebsrat überzeugen oder auf den Rahmen zurückgreifen, der ihm aufgrund einer Betriebsvereinbarung gesetzt worden sei.

Anderenfalls drohe ein rechtswidriger Eingriff in die Kampffähigkeit der Gewerkschaft. Ohne noch aufgrund des beendeten Warnstreiks reagieren zu können, müsste die Gewerkschaft zusehen, wie der Arbeitgeber die Auswirkungen des Warnstreiks dadurch minimiert, dass er im Anschluss an diesen mitbestimmungsfrei zum Ausgleich der ausgefallenen Arbeitszeit Leiharbeitnehmer einstellt, Arbeitnehmer in die vom Warnstreik betroffene Betriebsabteilung versetzt oder Mehrarbeit anordnet.



Im Anschluss an einen Warnstreik sind also die gesetzlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsverfassungsgesetzes in vollem Umfange durch die Arbeitgeber zu berücksichtigen. Eine Anordnung von Mehrarbeit oder die Einstellung von Leiharbeitnehmern oder die Versetzung von anderen Arbeitnehmern bedarf der Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsrechte. Nur für die Dauer des Warnstreiks (Streiktage) selber sind diese Mitbestimmungsrechte eingeschränkt.

Aus der unterlassenen Mitbestimmung folgen, so das Arbeitsgericht Oldenburg, Unterlassungsansprüche des Betriebsrats, die auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes umgesetzt werden können. Maßgebend sei insoweit, ob der Schutz der Arbeitnehmer in der Zeit bis zum Inkrafttreten einer mitbestimmten Regelung oder einer rechtskräftigen Entscheidung im arbeitsgerichtlichen Hauptsacheverfahren unwiderleglich vereitelt werde und ob dies zu wesentlichen Nachteilen für die Belegschaft führe. Diese Voraussetzungen bejaht das Gericht bei der Anordnung von Mehrarbeit und bei dem Holen aus dem „Frei“.

## **Bedeutung für die Praxis**

Das Arbeitsgericht Oldenburg hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob gesetzliche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats insbesondere in Arbeitszeitfragen nach Durchführung von Warnstreiks auch dann beschränkt sind, wenn die Anordnung des Arbeitgebers sich auf Tage bezieht, an denen nicht gestreikt wird. Das Arbeitsgericht hat eine Einschränkung von Mitbestimmungsrechten für diese Tage verneint.

Die Grenzziehung des Arbeitsgerichts Oldenburg verläuft in zeitlicher Hinsicht. Eine Einschränkung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats kommt nur insoweit in Betracht, als die Anordnungen die Streiktage selbst betreffen, nicht jedoch für Tage, an denen nicht gestreikt wird. Damit hat das Arbeitsgericht Oldenburg sich einer „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ der Streikmaßnahmen verweigert. Es hat schlicht eine zeitliche Zäsur für die Einschränkung von Mitbestimmungsrechten vorgenommen. Dies dient der Klarheit und macht die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten für Betriebsräte praktikabel.



**Hajo A. Köhler, Oldenburg**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Abberufung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds; Anforderungen an eine geheime Abstimmung**

– ArbG Hamburg, Beschluss vom 30.04.2015 - 17 BV 12/14 –

Das Arbeitsgericht Hamburg hat durch Beschluss vom 30. April 2015 aufgrund einer Anfechtung den Beschluss des Betriebsrats über die Abberufung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds für unwirksam erklärt. Im Mai 2014 fand eine Betriebsratswahl statt, auf der 18 Betriebsratsmitglieder, die gemäß § 38 Abs. 1 BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind, gewählt wurden. Auch die Antragstellerin des Beschlussverfahrens war unter den Gewählten. Die Freistellungswahl fand als Verhältnismäßigkeitswahl statt.

Am 3. Juni 2014 fand eine weitere Betriebsratssitzung in Abwesenheit der erkrankten Antragstellerin statt. In dieser Betriebsratssitzung wurde die Abberufung der Antragstellerin von ihrer Freistellung beschlossen. Jedes stimmberechtigte Betriebsratsmitglied erhielt einen Zettel aus einem Notizblock und schrieb seine Entscheidung für sich auf. Anschließend wurden alle Zettel in einer Urne gesammelt und ausgezählt. Wahlumschläge wurden nicht verwandt. Eine Wahlkabine gab es nicht. Teilgenommen hatte auch ein Ersatzmitglied des Betriebsrats, obgleich die Verhinderung eines entsprechenden Betriebsratsmitglieds nicht eingetreten war. Mit einer notwendigen  $\frac{3}{4}$  Mehrheit ist die Abberufung der Freistellung der Antragstellerin vom Betriebsrat beschlossen worden. Die Antragstellerin hat den Beschluss des Betriebsrats über ihre Abberufung von der Freistellung vor dem Arbeitsgericht Hamburg angefochten.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat festgestellt, dass der Beschluss des Betriebsrats über die Abberufung der Freistellung des Betriebsratsmitglieds unwirksam ist. Zugleich hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass die Freistellung weiterhin fortbesteht.

Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist die Anfechtung einer Betriebsratswahl nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses zulässig. Diese Vorschrift ist auf betriebsratsinterne Wahlen entsprechend anzuwenden.

Die freizustellenden Betriebsratsmitglieder werden nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt (§ 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Für die Abberufung gilt § 27 Abs. 1 Satz 5 BetrVG entsprechend. Sind die freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeitswahl gewählt, so erfolgt die Abberufung durch Beschluss des Betriebsrats.



Dieser Beschluss ist in geheimer Abstimmung zu fassen und bedarf zu seiner Wirksamkeit einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der Stimmen der Mitglieder des Betriebsrats.

In seinem Beschluss vom 30. April 2015 setzt sich das Arbeitsgericht Hamburg mit der Frage auseinander, welche Anforderungen an die Durchführung der Abberufungswahl zu stellen sind. Das Arbeitsgericht Hamburg hebt hierbei hervor, dass die allgemeinen Grundsätze einer geheimen Abstimmung gelten. Die Stimmzettel müssen so gestaltet sein, dass sie eine Identifizierung des Wählers nicht zulassen. Die Möglichkeit eines Rückschlusses auf den Wähler aus dem Schriftbild auf dem Stimmzettel muss ausgeschlossen sein. Der Betriebsratsvorsitzende als Wahlleiter muss geeignete Vorkehrungen für die unbeobachtete Bezeichnung der Stimmzettel im Wahlraum treffen. Unbeobachtet ist die Wahl nur dann, so das Arbeitsgericht Hamburg, „wenn der Schreibvorgang des Wählers von Dritten nicht beobachtet werden kann. Dies erfordert regelmäßig die Verwendung von Wahlkabinen, die auch von allen Wählern zu benutzen sind.“

Der Grundsatz der geheimen Wahl sei, so das Arbeitsgericht Hamburg, nicht dispositiv. Mit ihm werde zugleich der Grundsatz der Freiheit der Wahl geschützt, der verletzt wäre, wenn etwa eine Meinungsmehrheit von Betriebsratsmitgliedern ihre Stimmzettel jeweils offen ausfüllte, um auf eine Meinungsminderheit von Betriebsratsmitgliedern Druck auszuüben, entsprechend der Meinungsmehrheit abzustimmen. Bereits die Möglichkeit eines solchen „Klimas“ müsse ausgeschlossen werden.

Unter Würdigung dieser Anforderungen hat das Arbeitsgericht Hamburg eine unbeobachtete Stimmabgabe verneint. Durch die Ausgabe leerer Stimmzettel seien die Wähler gezwungen, schriftlich mit „ja“ oder „nein“ abzustimmen. Dies lasse Rückschlüsse auf den Wähler aus dem jeweiligen Schriftbild zu. Zum anderen habe keine Wahlkabine zur Verfügung gestanden. Das bloße Abdecken des Stimmzettels mit der Hand sei nicht ausreichend. Hierdurch sei nicht die erforderliche unbeobachtete Bezeichnung des Stimmzettels gewährleistet.

Ein derartiger Verstoß sei auch geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es könne insbesondere nicht ausgeschlossen werden, so das Arbeitsgericht Hamburg, dass einzelne Betriebsratsmitglieder anders gestimmt hätten, wenn sie die Abberufungswahl unbeobachtet hätten durchführen können. Es komme nicht darauf an, ob tatsächlich objektive Anhaltspunkte für diese Möglichkeit bestanden oder nicht.



## **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg ist bislang noch nicht rechtskräftig. Nichts desto trotz hat diese Entscheidung nicht unerhebliche Auswirkungen auf die betriebsrätliche Praxis. Das Arbeitsgericht Hamburg formuliert in dem Beschluss vom 30. April 2015 Standards für die Durchführung von geheimen Wahlen, auch wenn es sich um betriebsratsinterne Wahlen handelt. Diese Standards sind für die Betriebsratstätigkeit wichtig und sollten von Betriebsräten unbedingt beachtet werden.



**Hajo A. Köhler, Oldenburg**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Kündigungsausschluss im Sozialplan**

### **Betriebsverfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**

– LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10.02.2015 - 7 Sa 1619/14 –

In seinem Urteil vom 10.02.2015 hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden, dass eine Betriebsvereinbarung, die betriebsbedingte Kündigungen ausschließt, auch für Arbeitnehmer gelten muss, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Rechtsnachfolger widersprochen haben.

#### **Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:**

Die Beklagte betreibt in Berlin eine Bank. Sie übertrug unter Vereinbarung eines Personalüberleitungsvertrags einen Geschäftsbereich auf ein anderes Kreditinstitut. Ferner schloss sie mit dem Betriebsrat einen Sozialplan ab, der den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen vorsah. Von diesem Ausschluss sollten Arbeitnehmer nicht erfasst werden, die – wie die Klägerin – dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber des Geschäftsbereichs widersprochen hatten. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin aus betriebsbedingten Gründen.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat die Kündigung – ebenso wie das Arbeitsgericht – für rechtsunwirksam gehalten.

Nach Auffassung des LAG kann sich die Klägerin trotz ihres Widerspruchs auf den, durch den Sozialplan geregelten Ausschluss einer ordentlichen Kündigung, berufen. Es verstoße gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 BetrVG), nur einem Teil der von dem Sozialplan erfassten Arbeitnehmer einen erweiterten Kündigungsschutz einzuräumen. Die getroffene Differenzierung zwischen Arbeitnehmern mit bzw. ohne Kündigungsschutz diene nicht dem Zweck, entstehende Nachteile auszugleichen oder zu mindern, vielmehr würde gerade den Arbeitnehmern der Kündigungsschutz verwehrt, denen wegen ihres Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses in besonderer Weise eine betriebsbedingte Kündigung drohe. Die Ausübung des gesetzlichen Widerspruchsrechts (§ 613a Abs. 5 BGB) könne den Arbeitnehmern nicht zum Nachteil gereichen. Ein sachlicher Grund für den teilweisen Ausschluss des Kündigungsschutzes liege nicht vor, er sei deshalb rechtsunwirksam.

Das LAG hat die Revision an das BAG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen.





## **Offensichtlich kein Mitbestimmungsrecht bei Anbringen einer Kamera-Attrappe - Kein Anspruch auf Einrichtung einer Einigungsstelle**

- LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 12.11.2014 - 3 TaBV 5/14 -

In seinem Beschluss vom 12.11.2014 hat das LAG Mecklenburg-Vorpommern entschieden, dass eine Klinik die Attrappe einer Videokamera anbringen kann, ohne zuvor die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen, da Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats offensichtlich ausschieden.

### **Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:**

Der Arbeitgeber betreibt eine Klinik. Er hatte am Hinterausgang des Klinikgebäudes, ohne die Beteiligung des Betriebsrats, eine Kamera-Attrappe angebracht.

Der Betriebsrat sah hierin eine Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG. Auch eine Attrappe sei geeignet, das Verhalten der Arbeitnehmer und die Ordnung im Betrieb zu steuern. Denn der Arbeitgeber habe sich geweigert, die Belegschaft darüber aufzuklären, dass es sich um eine Attrappe handle, und damit eine mittelbare Steuerung des Verhaltens der Mitarbeiter bezwecke.

Dem Antrag des Betriebsrats auf Einrichtung einer Einigungsstelle gab das ArbG statt; das LAG wies ihn ab.

In der Begründung der zweitinstanzlichen Entscheidung heißt es, dass eine Einigungsstelle wegen offensichtlicher Nichtzuständigkeit nicht einzurichten sei.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG scheidet bereits deshalb aus, weil die Kamera-Attrappe objektiv nicht geeignet sei, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Norm bezwecke den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer vor Eingriffen durch anonyme technische Kontrolleinrichtungen. Derartige Eingriffe seien aber von einer Attrappe nicht zu erwarten.

Auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ließe sich kein Mitbestimmungsrecht ableiten. Zum einen könne sich die Anbringung der Attrappe im Außenbereich der Klinik nicht auf das innerbetriebliche Zusammenleben der Arbeitnehmer auswirken, zum anderen sei nicht ersichtlich, welche konkreten (Mit-)Gestaltungsmöglichkeiten sich diesbezüglich ergeben sollen. Die Arbeitnehmer könnten weiterhin den betroffenen



Eingang nutzen, ohne neuen zusätzlichen Regelungen unterworfen zu sein. Durch die Attrappe werde nicht kontrolliert, wann wer das Gebäude durch den betroffenen Zugang betritt oder verlässt.

(Insoweit auch sehr lesenswert: Beschluss des BAG vom 10.04.1984 – 1 ABR 69/82)

## **Betriebsratswahl wegen genereller Anordnung der Briefwahl unwirksam**

– LAG Düsseldorf, Verhandlung am 14.01.2015 - 7 TaBV 62/14 –

Ist für einen Teil der Mitarbeiter die persönliche Stimmabgabe möglich, führt die generelle Anordnung der Briefwahl zur Unwirksamkeit der Briefwahl. Dies gilt auch bei mehreren Einsatzorten und unterschiedlichen Schichtarbeitszeiten.

### **Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:**

Der Arbeitgeber ist in den Bereichen der Reinigung, der Sicherheit sowie der Gastronomie tätig. Er beschäftigt 1450 Arbeitnehmer. Von diesen sind etwa 50 Arbeitnehmer in der Zentrale beschäftigt. Ein großer Teil der Mitarbeiter arbeitet im Schichtdienst und wird an verschiedenen Einsatzorten (Messegelände, Schulen, Kindergärten und Bürogebäuden) eingesetzt.

Der Wahlvorstand ordnete bei der Betriebsratswahl die schriftliche Stimmabgabe für alle Mitarbeiter an, so dass der 15-köpfige Betriebsrat per Briefwahl gewählt wurde. Hiergegen ging die im Betrieb vertretene Gewerkschaft an. Sie war der Auffassung, dass der Wahlvorstand auch die persönliche Stimmabgabe hätte ermöglichen müssen.

Das LAG Düsseldorf bestätigte die Auffassung der Gewerkschaft. Dem Gericht zufolge liegen die Voraussetzungen für eine generelle Anordnung der Briefwahl gemäß § 24 der Wahlordnung (WO) nicht vor, da jedenfalls für die etwa 50 Mitarbeiter in der Zentrale eine persönliche Stimmabgabe möglich gewesen sei.

Das LAG Düsseldorf wird in diesem Verfahren möglicherweise keine Entscheidung zu treffen haben, da der Betriebsrat noch in der Verhandlung angekündigt hatte, zuvor seinen Rücktritt zu erklären, um den Weg für Neuwahlen freizumachen.

## **Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Facebook-Auftritt des Arbeitgebers**

– LAG Düsseldorf, Pressemitteilung, Beschluss vom 12.01.2015 - 9 Ta BV 51/14 –

Die Facebook-Seite eines Arbeitgebers ist keine technische Einrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, da sie zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistung von Arbeitnehmern nicht bestimmt ist.



## **Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:**

Die Arbeitgeberin, die fünf Transfusionszentren für Blutspenden betreibt, richtete ohne die Beteiligung des bei ihr bestehenden Konzernbetriebsrats eine konzernweite Facebook-Seite ein. Nutzer der Facebook-Seite können auf einer virtuellen Pinnwand Kommentare einstellen, wobei einige Nutzer sich in ihren Kommentaren negativ über die Qualität der Mitarbeiter bei Blutspenden äußerten. Zehn Mitarbeiter des Konzerns waren damit beauftragt, die Seite zu pflegen. Diese benutzten alle den selben Zugang zu der Facebook-Seite.

Der Konzernbetriebsrat war der Meinung, ihm stehe ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu, da die Facebook-Seite als technische Einrichtung geeignet sei, die Mitarbeiter zu überwachen.

Das LAG Düsseldorf ist anderer Auffassung. Die Seite sei keine technische Einrichtung die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen. Insbesondere handele es sich nicht um die automatisierte Erstellung von Aufzeichnungen, da Beschwerden über Mitarbeiter des Konzerns lediglich durch Dritte eingetragen werden würden. Die Möglichkeit, die Facebook-Seite mittels der integrierten Werkzeuge zu durchsuchen, reiche für die Annahme einer automatischen Aufzeichnung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht aus.

Hinsichtlich der zehn Mitarbeiter, die mit der Pflege der Seite betraut waren, ist das LAG der Auffassung, dass man auch bei ihnen keine Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Arbeitnehmer ziehen könne, da alle denselben Zugang nutzten.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Befristungsrecht für Profifußballer**

– ArbG Mainz, Urteil vom 19.03.2015 - 3 Ca 1197/14 –

Die Eigenart der Arbeitsleistung eines Profifußballspielers als solche rechtfertigt nicht die Befristung seines Arbeitsverhältnisses.

### **Der Rechtsstreit**

Der Kläger war bei dem beklagten Bundesligaverein zunächst aufgrund eines auf drei Jahre befristeten Vertrags als Lizenzfußballspieler beschäftigt. Unmittelbar anschließend schlossen die Parteien im Sommer 2012 erneut einen auf zwei Jahre befristeten Vertrag.

Der beklagte Verein macht geltend, mit dem zu diesem Zeitpunkt bereits 34-jährigen Spieler habe er aufgrund der Ungewissheit der Leistungserwartung keinen unbefristeten Vertrag geschlossen und verweist auf die Branchenüblichkeit dieses Vorgehens.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Spitzensportler ist nur nach Maßgabe des § 14 Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) zulässig. Dabei kommt eine Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG oder eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG in Betracht.

Die Eigenart der Arbeitsleistung als Profifußballspieler rechtfertigt nicht eine Befristung des Vertrags, da dies kein Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG darstelle, so die Richter des Arbeitsgerichts Mainz. Liegen andere Sachgründe – etwa in der Person oder aufgrund des eigenen Wunsches des Profisportlers – nicht vor, so rechtfertigt die Ungewissheit der zukünftigen Leistungsentwicklung auch im Profisport nicht die Befristung des Arbeitsverhältnisses.

Eine Befristung ohne Sachgrund kam wegen der Überschreitung der Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren nicht mehr in Betracht.

Die Klage auf Feststellung des Fortbestands als unbefristetes Arbeitsverhältnis, hatte vor dem Arbeitsgericht daher Erfolg.

### **Einschätzung**

Die Entscheidung des ArbG Mainz ist zu begrüßen. Denn die vom Arbeitgeber angeführten Sachgründe der Befristung – „Ungewissheit der Leistungserwartung“ und „Branchenüblichkeit“ – sind als solche auch auf andere Branchen zu übertragen.



Es hätte fatale Folgen gehabt, wenn das ArbG diesen Grund für eine Befristung anerkannt hätte, denn dies hätte eine Welle „branchenüblicher“ Befristungen bei ungewissen Leistungserwartungen nach sich ziehen können.

Auch die Befristungspraxis im Profisport steht auf dem Prüfstand. Gerade im Profisport sind derartige Befristungen von Arbeitsverträgen zwar branchenüblich, aber – dies zeigt die Entscheidung des ArbG Mainz – oftmals unzulässig.

## **Zur Erinnerung**

Nach der gesetzgeberischen Konzeption des TzBfG soll die befristete Einstellung die Ausnahme sein und daher nur unter speziellen Voraussetzungen – geregelt in § 14 TzBfG - zulässig sein.

Eine Befristung, die auf einem Sachgrund beruht, muss den Zulässigkeitsanforderungen des § 14 Abs. 1 TzBfG entsprechen, es muss also ein zulässiger Sachgrund vorliegen. Ist dies der Fall, darf das Arbeitsverhältnis solange befristet werden, wie der Sachgrund vorliegt.

In der Praxis finden sich häufiger sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Diese kalendermäßigen Befristungen sind grundsätzlich nur bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig. Innerhalb dieser zwei Jahre darf die Befristung höchstens dreimal verlängert werden. Die Ausnahmen hiervon gemäß § 14 Abs. 2a und 3 TzBfG sind zu beachten.

Ist die Befristung fehlerhaft – etwa weil der Sachgrund nicht vorliegt oder die Befristung länger als zwei Jahre läuft – gilt der Arbeitsvertrag als unbefristet, dies regelt § 16 TzBfG.

Wer von einer fehlerhaften Befristung betroffen ist muss beachten, dass eine Frist zur Geltendmachung des Bestehens des unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses läuft, die unbedingt einzuhalten ist. Im Rahmen einer Entfristungsklage ist das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses innerhalb von drei Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend zu machen. Diese Frist ist also gleichlaufend mit der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage bei Erhalt einer Kündigung.



**Johan Fischer, Berlin**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Mindestlohn – Keine Anrechnung von Urlaubsgeld und jährlicher Sonderzahlung**

– ArbG Berlin, Urteil vom 04.03.2015 - 54 Ca 14420/14 –

Der Arbeitgeber darf ein zusätzliches Urlaubsgeld und eine jährliche Sonderzahlung nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechnen. Eine Änderungskündigung, mit der eine derartige Anrechnung erreicht werden soll, ist unwirksam.

Im konkreten, vom Arbeitsgericht Berlin entschiedenen Fall, wurde eine Arbeitnehmerin mit einem Grundgehalt von 6,44 EUR pro Stunde, zuzüglich Leistungszulage und Schichtzuschlägen, beschäftigt. Des Weiteren erhielt sie zusätzlich Urlaubsgeld sowie eine nach Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelte Jahressonderzahlung. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis aus dringenden betrieblichen Gründen und bot ihr gleichzeitig an, das Arbeitsverhältnis mit einem Stundenlohn von 8,50 EUR, unter Beibehaltung der vereinbarten Schichtzulagen und gleichzeitigem Wegfall der Leistungszulage, der zusätzlichen Urlaubsvergütung und der Jahressonderzahlung, fortzusetzen.

Das ArbG erachtet die Änderungskündigung für unwirksam, weil der Arbeitgeber mit ihr das MiLoG umgehen wolle. Der gesetzliche Mindestlohn solle unmittelbar die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vergüten. Der Mindestlohn diene mithin der Vergütung der „Normal“leistung. Grundsätzlich dürfe daher eine Leistungszulage, die die über Normalleistungen hinausgehenden Leistungen bei Erreichen bestimmter quantitativer und qualitativer Vorgaben honorieren soll, nicht auf den Mindestlohn anrechenbar sein. Auch das zusätzliche Urlaubsgeld und die Jahressonderzahlung dienen nicht diesem Zweck und seien nicht auf den Mindestlohn anzurechnen. Das zusätzliche Urlaubsgeld sowie die arbeitsvertraglich vereinbarte und auch ausdrücklich so bezeichnete Sonderzahlung am Jahresende würden nicht für eine Normalleistung der Klägerin gezahlt. Zweck des zusätzlichen Urlaubsgelds als spezielle Form der Sonderzahlung sei es, dem Arbeitnehmer während des Urlaubs zusätzliche Leistungen zukommen zu lassen. Die Jahressonderzahlung diene dem Zweck, die Betriebstreue zu belohnen und zu fördern. Zudem spräche gegen die Anrechenbarkeit, dass diese Sonderzahlung als Einmalzahlung erst am Jahresende für das gesamte Jahr rückwirkend erfolgt und damit weit außerhalb des letzten Fälligkeitszeitpunktes gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG liege.

## **Leistungsbeurteilung im Zeugnis – Arbeitnehmer muss überdurchschnittliche Leistung beweisen**

– BAG, Urteil vom 18.11.2014 - 9 AZR 584/13 –

Das BAG hatte über die Frage zu entscheiden, ob die Bewertung eines Arbeitnehmers im Arbeitszeugnis unter Verwendung der Zufriedenheitsskala „zur vollen Zufriedenheit“ eine durchschnittliche Bewertung darstellt und ob die Beweislast darüber bei dem Arbeitnehmer oder bei dem Arbeitgeber liegt.



Die beklagte Arbeitgeberin erteilte der Klägerin nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis, in dem sie die Leistungen der Klägerin in der Gesamtbewertung als "zu unserer vollen Zufriedenheit" würdigte. In der allgemein anerkannten Zeugnissprache bedeutet dies eine durchschnittliche Leistung und entspricht der Schulnote "drei".

Die Klägerin verlangte, dass ihre Leistung mit „stets zur vollen Zufriedenheit“, also mit der Schulnote „zwei“ bewertet werden müsse, denn sie sei eine gute Mitarbeiterin gewesen. Letzteres war zwischen den Parteien allerdings streitig. Daher hätte das LAG Beweis erheben müssen, was es nicht tat. Stattdessen berief es sich auf zwei Studien, welche durch Untersuchung von mehreren Arbeitszeugnissen zu dem Ergebnis kamen, dass statistisch gesehen die meisten Zeugnisse mit guten oder sehr guten Gesamtbewertungen erteilt wurden. Nach Ansicht des LAG sei eine gute Leistungsbewertung daher als statistischer Durchschnitt anzusehen. Damit legte das LAG der beklagten Arbeitgeberin die Darlegungs- und Beweislast für eine unterdurchschnittliche Bewertung auf, die dessen Ansicht nach schon bei einer befriedigenden Bewertung vorliege.

Hiergegen legte die Arbeitgeberin mit Erfolg Revision ein: Das LAG sei zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer, der eine überdurchschnittliche Beurteilung im Zeugnis erstrebt, entsprechende Leistungen vortragen und ggf. beweisen muss. Jedoch habe es in dem konkreten Fall den Begriff „überdurchschnittliche Beurteilung“ verkannt, so das BAG. Entgegen seiner Annahme liege eine überdurchschnittliche Leistung vor, wenn sie der Schulnote „gut“ oder „sehr gut“ entspreche. Welche Schulnoten in den Zeugnissen einer Branche am häufigsten vergeben werden, sei ohne unmittelbaren Einfluss auf die Darlegungs- und Beweislast. Ansatzpunkt bleibe die Note „befriedigend“ als mittlere Note der Zufriedenheitsskala. Begehre ein Arbeitnehmer eine bessere Beurteilung, müsse er darlegen, dass er diesen Anforderungen entsprochen habe.

Der Rechtsstreit wurde daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

### **Zahlung von Urlaubsabgeltung**

– LAG Hamm, Urteil vom 19.02.2015 - 16 Sa 1207/14 –

Das Gericht hatte über die Frage zu entscheiden, ob bei einem am 01.07. eines Jahres begründeten Arbeitsverhältnisses, das am 31.12. fortbesteht, ein Vollurlaubsanspruch nach §§ 3, 4 BUrlG entsteht.



## **Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:**

Der Kläger war vom 01.07.2013 bis zum 02.01.2014 bei der Beklagten beschäftigt. Bezüglich des Urlaubs war im anzuwendenden MTV geregelt, dass neu eintretende und/oder ausscheidende Arbeitnehmer so viel Zwölftel des ihnen zustehenden Jahresurlaubs erhalten, wie sie volle Monate im laufenden Kalenderjahr beschäftigt waren, wobei die Zwölftelung nur in den Grenzen des § 5 BUrlG erfolgt und dass über den gesetzlichen Urlaub des BUrlG hinausgehende Urlaubsansprüche bis zum 31.12. eines Jahres genommen werden müssen.

Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nahm der Kläger keinen Urlaub. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zahlte die Beklagte an den Kläger eine Urlaubsabgeltung für 13 Urlaubstage. Mit seiner Klage verlangt der Kläger mit der Begründung, dass für das Jahr 2013 der volle Urlaubsanspruch entstanden sei, die Abgeltung weiterer 13 Urlaubstage.

Das ArbG sprach dem Kläger die geforderte weitere Urlaubsabgeltung zu, das LAG Hamm wies die Klage jedoch ab. Dem Kläger stehe kein voller Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr 2013 zu und damit mithin auch nicht die weitere Urlaubsabgeltung. Zwar habe der Kläger am 31.12.2013 die Wartezeit nach § 4 BUrlG erfüllt, allerdings sei zugleich mit der Erfüllung der Wartezeit auch das Urlaubsjahr abgelaufen, welches auch nach dem MTV dem Kalenderjahr entspreche. Aus § 7 BUrlG ergebe sich, dass der Urlaubsanspruch nur im Kalenderjahr bestehe. Nach dem Wortlaut des § 4 BUrlG entstehe aber der Vollurlaubsanspruch erst „nach“ Ablauf der Wartezeit. Damit könne er im Urlaubsjahr 2013 nicht mehr entstehen.

Der Kläger hat gegen das Urteil des LAG Hamm Revision beim BAG eingelegt, die unter dem Az. 9 AZR 179/15 anhängig ist.

## **Mindestlohn – Auch bei Entgeltfortzahlung an Feiertagen und bei Arbeitsunfähigkeit**

– BAG, Urteil vom 13.05.2015 - 10 AZR 191/14 –

Wer krank ist oder aufgrund eines Feiertages nicht arbeiten muss, hat Anspruch auf Bezahlung nach dem tarifvertraglich festgelegten Mindestlohn. Das entschied das BAG für pädagogisches Personal in Aus- und Weiterbildungsfirmen.

Das BAG hatte über die Klage einer pädagogischen Mitarbeiterin zu entscheiden. Das Arbeitsverhältnis unterfiel kraft "Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch des Sozialgesetzbuches" (MindestlohnVO) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, dem Geltungsbereich des Tarifvertrags zur Regelung des Mindestlohns für pädagogisches Personal vom 15.11.2011 (TV-Mindestlohn).





Dieser sah eine Mindeststundenvergütung von 12,60 Euro brutto vor. Die Arbeitgeberin zahlte der Mitarbeiterin daher für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden und für Zeiten des Urlaubs diese Mindeststundenvergütung. Für die Entgeltfortzahlungen an Feiertagen und bei Krankheit- und Urlaubsabgeltung griff sie aber auf die niedrigere vertraglich vereinbarte Vergütung zurück.

Das BAG begründete seine Entscheidung mit dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). Nach § 2 Abs. 1, § 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags oder wegen Arbeitsunfähigkeit ausfällt, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte (Entgeltausfallprinzip). Die Höhe des Urlaubsentgelts und einer Urlaubsabgeltung bestimme sich gemäß § 11 BUrlG nach der durchschnittlichen Vergütung der letzten dreizehn Wochen (Referenzprinzip). Diese Regelungen gelten auch dann, wenn sich die Höhe des Arbeitsentgelts nach einer Mindestlohnregelung richte, die – wie hier die MindestlohnVO – keine Bestimmungen zur Entgeltfortzahlung und zum Urlaubsentgelt enthalte, so das BAG. Ein Rückgriff des Arbeitgebers, auf eine vertraglich vereinbarte niedrigere Vergütung, sei in diesen Fällen unzulässig.

**Hinweis:** Diese Entscheidung dürfte auf das MiLoG zu übertragen sein. Den Branchenmindestlöhnen und dem neuen gesetzlichen Mindestlohn liegt der gleiche Rechtsgedanke zugrunde und es geht im Grundsatz um eine Bezahlung pro Arbeitsstunde und die sich daran anschließende Frage der Anspruchsbegründung im Rahmen des Entgeltausfallprinzips. Allerdings zieht das BAG als Anspruchsgrundlage – soweit aus der bislang nur vorliegenden Pressemitteilung ersichtlich – das EFZG, und nicht die Mindestlohnvorschriften heran. Übertragen auf das MiLoG wird deshalb der Anspruch auf Entgeltfortzahlung kein Anspruch aus dem MiLoG selbst, sondern aus einer eigenständigen Anspruchsgrundlage sein.

Spitzfindige Arbeitgeber werden sich auf den Standpunkt stellen, die Unabdingbarkeit des Mindestlohns nach § 3 MiLoG würden nur für „echte Mindestlohnansprüche“ gelten und das seien eben nur solche, bei denen dem Entgelt eine tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegenüberstehe. Es ist daher zu erwarten, dass im Rahmen der Entgeltfortzahlung die Fragen, ob auf den Mindestlohn auch außerhalb eines gerichtlichen Vergleichs verzichtet werden kann und ob dieser von den üblichen Ausschlussfristen erfasst werden oder verwirken kann, noch gerichtlich zu klären sind.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## Kanzleigespräch schwegler rechtsanwälte 2015 in Berlin

Das Kanzleigespräch findet am Donnerstag, den **03. September 2015** von 9:30 Uhr bis 16:00 Uhr im Magnus-Haus der Deutschen-Physikalischen Gesellschaft e.V., im Kupfergraben 7, 10117 Berlin statt.

Bei der Veranstaltung handelt es sich um eine **Schulungsmaßnahme nach § 37 Abs. 6 BetrVG; Schulungsgebühren werden nicht erhoben.**

Für die Veranstaltung sind folgender Ablauf und folgende Themen vorgesehen:

- 09.30 Uhr Öffnung des Tagungsgebäudes und Begrüßungsimbiss
- 10.00 Uhr Eröffnung, Begrüßung
- 10.15 Uhr **„Digitalisierung der Arbeit: Herrschaftskonflikte um Daten“**  
**Referent:**  
Lothar Schröder, Mitglied des ver.di-Bundesvorstandes,  
Fachbereichsleiter Telekommunikation, Informationstechnologie,  
Datenverarbeitung
- 12.15 Uhr Mittagsimbiss
- 13.30 Uhr **„Arbeit 4.0 – Herausforderung für Betriebsräte“**  
**Referent:**  
Thomas Koczelnik, Vorsitzender Konzernbetriebsrat Deutsche Post AG
- 15.00 Uhr „Auf ein Glas, auf ein Wort“
- 16.00 Uhr Ende der Veranstaltung

Selbstverständlich bieten wir Gelegenheit zum Austausch mit den Referenten im Rahmen einer sich jeweils an die Referate anschließenden Diskussion. Im Anschluss an die Veranstaltung laden wir zum Kennenlernen und zum geselligen Beisammensein ein. Für einen kleinen Imbiss ist dann natürlich ebenfalls gesorgt.

**Anmeldungen** erbitten wir bis **spätestens 15. Juli 2015** (gern auch früher), entweder **per Telefax** oder **per Email** an unseren **Berliner Standort** (Unter den Linden 12, 10117 Berlin, Tel: (030) 440137-0; Fax: (030) 440137-12, E-Mail: [berlin@schwegler-rae.de](mailto:berlin@schwegler-rae.de)).

Wir freuen uns auf Eure/Ihre Teilnahme und auf das persönliche Gespräch mit Euch/Ihnen.



## **Fachgespräch Arbeitsrecht 2015**

### **„Älter werden im Betrieb“**

Die Veranstaltung findet am Donnerstag, den 10.09.2015 von 10:30 Uhr bis 16:00 Uhr im Hotel Melia, Inselstraße 2, 40479 Düsseldorf statt.

Auf dieser Veranstaltung wird – so zumindest geplant – Rechtsanwalt Werner Lohre aus dem Kölner Büro einen Vortrag zum Thema betriebliche Altersversorgung und Rente halten.

Nähere Informationen können Sie auch unter [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) unter der Rubrik „Veranstaltungen“ entnehmen.



**Dr. Herbert Grimberg**

BAG: Beschäftigungsanspruch bei Nachtdienstuntauglichkeit  
in: Arbeitsrecht im Betrieb, Heft 1/2015, S. 60 ff.

LAG Berlin-Brandenburg: Arbeitgeber muss Urlaubsanspruch erfüllen  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 1/ 2015, S. 62 ff.

BAG: Änderungskündigungen zählen bei Massenentlassungen  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 3/2015, S. 62 ff.

BAG: Mitbestimmen beim Einsatz eines Routenplaners zu Abrechnungszwecken  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 5/2015, S. 60 ff.

BAG: Arbeitszeitkonto bei Leiharbeit  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 61/2015, S. 54 ff.

BAG: Grober Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Ordnung  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 6/2015, S. 56

BAG: Schlussnote im Arbeitszeugnis  
in: Arbeitsrecht im Betrieb Heft 6/2015, S. 57 ff.

**Simone Rohs**

Kostenerstattung für eine arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung  
in: Arbeitsrecht im Betrieb, Heft 4/2015, S. 64 f.

Rechtzeitig und umfassend – Auskunftsanspruch  
in: Arbeitsrecht im Betrieb, Heft 5/2015, S. 36 ff.

**Dr. Lars Weinbrenner**

LAG Hamm: Mitbestimmungswidrige Befristung an Hochschule  
Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2015, S. 62

Interessenausgleich und Sozialplan - Antworten für die Praxis, Mitautor: Dr. Enrico Meier, Verlag Vahlen, München 2015

**Dr. Lars Weinbrenner / Dr. Sascha Lerch**

Einstellung von Mitarbeitern - Antworten für die Praxis, Mitautor: Dr. Sascha Lerch, Verlag Vahlen, München 2015



**V.i.S.d.P.:**

RA Dr. Michael Bachner  
Schillerstraße 28  
60313 Frankfurt am Main  
[bachner@schwegler-rae.de](mailto:bachner@schwegler-rae.de)

**Kontakt:**

**Düsseldorf**

Königsallee 60 G  
D-40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211/300 43-0  
Fax: 0211/300 43-499  
[duesseldorf@schwegler-rae.de](mailto:duesseldorf@schwegler-rae.de)

Lorenz Schwegler\*  
Felix Laumen\*  
Yvonne Reinartz\* (geb. Goebel)  
Dr. Michael Schwegler\*  
Michael Schoden  
Dr. Johannes Vöcking

Prof. Dr. Heinz Klinkhammer  
Simone Rohs  
Dr. Alexander Metz, LL.M.  
Charlotte Roth

**Berlin**

Unter den Linden 12  
D-10117 Berlin  
Tel.: 030/440137-0  
Fax: 030/440137-12  
[berlin@schwegler-rae.de](mailto:berlin@schwegler-rae.de)

Gunter Rose  
Michael Merzhäuser\*  
Ralf Trümner\*  
Heike Merzhäuser\*  
Dr. Sascha Lerch\*  
Sebastian Kolb  
Karsten Sparchholz

Dr. Lars Weinbrenner  
Johan Fischer  
Hans-Otto Umlandt  
Dario Dell'Anna  
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

**Frankfurt**

Schillerstraße 28  
D-60313 Frankfurt  
Tel.: 069/216599-0  
Fax: 069/216599-18  
[frankfurt@schwegler-rae.de](mailto:frankfurt@schwegler-rae.de)

Dr. Michael Bachner\*  
Peter Gerhardt  
Ariane Mandalka

**Köln**

Riehler Straße 36  
D-50668 Köln  
Tel.: 0221/35557-0  
Fax: 0221/35557-599  
[koeln@schwegler-rae.de](mailto:koeln@schwegler-rae.de)

Dieter Lenz\*  
Dr. Manfred Bobke-von Camen  
Dr. Herbert Grimberg  
Werner Lohre  
Özer Arslan

**Oldenburg**

Am Festungsgraben 45  
D-26135 Oldenburg  
Tel.: 0441/9250-263  
Fax: 0441/25112  
[oldenburg@schwegler-rae.de](mailto:oldenburg@schwegler-rae.de)

Hajo A. Köhler\*  
Jürgen Oehlmann  
Katja Steinkampf

**Wissenschaftliche Berater:**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Bernhard Nagel

\* Partner

**Hinweis und Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.