



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

wer als Betriebsratsmitglied in einem Betrieb mit Schichtarbeit oder flexiblen Arbeitszeiten tätig ist, weiß, dass es häufig zu Kollisionen mit der einzuhaltenden elfstündigen Ruhezeit nach dem Arbeitszeitgesetz kommt, wenn sich vor oder nach der Arbeitszeit noch eine Betriebsratstätigkeit anschließt. Das LAG Hamm hat hierzu entschieden, dass Betriebsräte einen Anspruch auf angemessene Ruhezeit nach dem Maßstab des § 5 Abs. 1 ArbZG vor dem Beginn einer Betriebsratssitzung haben, so dass sie eine vorausgehende Schicht entsprechend früher verlassen dürfen. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG diese erfreuliche Entscheidung bestätigt.

Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis während oder nach Beendigung der Elternzeit endet, hat das BAG bereits eine positive Entscheidung des LAG Hamm bekräftigt und klargestellt, dass der Arbeitgeber Urlaubsansprüche wegen der Elternzeit nicht auch nach, sondern nur während des Arbeitsverhältnisses kürzen kann. Versäumt der Arbeitgeber dieses, so hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Abgeltung der ungekürzten Urlaubsansprüche.

In der Rubrik „Ein-Blick“ beschäftigen wir uns mit der Frage, wie man als Betriebsratsmitglied Konflikten mit dem Arbeitgeber entgegentritt und welche Rechtsschutzmöglichkeit das BetrVG dem einzelnen Betriebsratsmitglied, wie auch dem Betriebsratsgremium bietet.

Daneben haben wir, wie immer, weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen zum Individual- wie auch zum Kollektivarbeitsrecht in Kurzform aufbereitet. Besonders beachtenswert ist hier der Beschluss des BAG vom März 2015 zur Kostentragungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf Rechtsanwaltskosten des Betriebsratsanwalts und die dem Betriebsrat obliegende Erforderlichkeitsprüfung und ordnungsgemäße Beschlussfassung im Rahmen des § 40 Abs. 1 BetrVG vor der Einlegung von Beschwerden oder vor der Einleitung von Beschlussverfahren auf Errichtung einer Einigungsstelle.

Viel Spaß bei der Lektüre des aktuellen Newsletters mit spannenden Themen aus der Arbeitswelt wünschen

**Eure/Ihre**

**schwegler rechtsanwälte**



<b>„Ein-Blick“</b>	<b><i>Der allgemeine Auskunftsanspruch des Betriebsrats</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Betriebsräte haben einen Anspruch auf angemessene Ruhezeit vor dem Beginn einer Betriebsratssitzung, so dass sie eine vorausgehende Schicht entsprechend früher verlassen dürfen</i></b>	<b>6</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Personelle Einzelmaßnahmen – Unterrichtung – Vorlage von Unterlagen – Gesprächsnotizen</li><li>- Streikeinsätze von Beamten bei der Deutschen Post</li><li>- Betriebsrat – Freistellung von Rechtsanwaltskosten – Bildung einer Einigungsstelle</li><li>- Betriebsratsschulung – Freistellung des BR-Mitglieds von Übernachtungskosten – nachträgliche Änderung der für die kostenauslösende Entscheidung maßgeblichen Umstände</li></ul>	<b>10</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kürzung des Urlaubs wegen Elternzeit</i></b>	<b>15</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Außerordentliche Kündigung einer Pflegekraft</li><li>- Kündigungsschutz im Kleinbetrieb wegen Altersdiskriminierung</li><li>- Schutz schwangerer Frauen vor Kündigung und Diskriminierung</li></ul>	<b>19</b>
<b>Aktuelles für den Aufsichtsrat</b>		<b>21</b>
<b>Sonstiges</b>		<b>23</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>26</b>
<b>Impressum</b>		<b>27</b>

## **Der allgemeine Auskunftsanspruch des Betriebsrats**

Die Mitbestimmungsrechte des § 87 BetrVG sowie die Rechte bei Einstellungen, Versetzungen und Kündigungen sind den meisten Betriebsräten wohlbekannt. Der allgemeine Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 BetrVG führt hingegen oft ein Schattendasein. Viele Betriebsräte sind sich unsicher, welche Informationen ihnen zustehen und wie sie die Informationserteilung durch den Arbeitgeber durchsetzen können.

Eine umfassende und rechtzeitige Informationserteilung ist für den Betriebsrat unerlässlich und bildet die Basis für weitergehende Beteiligungsmöglichkeiten. Dabei deckt sich die Informationspflicht des Arbeitgebers mit dem Auskunftsanspruch des Betriebsrats. Der allgemeine Auskunftsanspruch will sicherstellen, dass der Betriebsrat „auf Augenhöhe“ mit dem Arbeitgeber verhandeln kann und beide den gleichen Wissensstand haben.

Neben vielen konkreten Informationsansprüchen wie beispielsweise aus §§ 90, 99, 102 und 111 BetrVG steht den Betriebsräten der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 80 Abs. 2 BetrVG zur Verfügung. Hiernach kann der Betriebsrat sämtliche Informationen verlangen, die er zur Durchführung seiner Aufgaben benötigt. Der Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 BetrVG ist gerade nicht auf ein bestimmtes Mitwirkungsrecht des Betriebsrats beschränkt, sondern gilt als Generalklausel für alle in Betracht kommenden Beteiligungsrechte.

Der Betriebsrat muss sich zwei Fragen stellen, um zu prüfen, ob er einen Auskunftsanspruch hat: Könnten meine Beteiligungsrechte berührt sein und ist die Information zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich?

Der Betriebsrat kann immer dann, wenn seine Beteiligungsrechte berührt sind oder auch nur berührt sein könnten, vom Arbeitgeber die nötigen Informationen verlangen. Entscheidend ist, dass er nicht erst dann Informationen vom Arbeitgeber beanspruchen kann, wenn er sicher weiß, dass ein Beteiligungsrecht besteht, sondern immer, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass Beteiligungsrechte berührt sind. Hierunter fallen Mitbestimmungsrechte, Beratungsrechte und Überwachungsrechte nach § 80 Abs. 1 BetrVG. Nur in Fällen, in denen ein Beteiligungsrecht offensichtlich nicht in Betracht kommt, scheidet ein Informationsrecht des Betriebsrats aus.

In der Praxis können die Betriebsräte mit einer guten Argumentation jedoch in den allermeisten Fällen Informationen beanspruchen. Gerade in Bezug auf die Überwachungspflicht aus § 80 Abs. 1 BetrVG ergibt sich eine Fülle an

Informationsansprüchen. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG schreibt vor, dass der Betriebsrat die Einhaltung von Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen zu überwachen hat, das heißt, er hat die Einhaltung diverser Gesetze, wie beispielsweise des Bundesdatenschutzgesetzes oder der verschiedenen Arbeitsschutzvorschriften auf ihre rechtlich ordnungsgemäße Einhaltung zu prüfen. Allein um dieses Überwachungsrecht vernünftig ausüben zu können, bedarf es zahlreicher Informationen, die eine Überwachung erst ermöglichen. Auskunft muss der Arbeitgeber nicht nur hinsichtlich der im Betrieb fest angestellten Arbeitnehmer erteilen. Auch über die Beschäftigung freier Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer ist der Betriebsrat zu informieren. Bezogen auf Leiharbeitnehmer müssen dem Betriebsrat zumindest die Personalien, Dauer des Einsatzes, Qualifikation und Auswirkungen auf die Stammbeslegschaft mitgeteilt werden. Auch der zwischen dem Verleiher und Entleiher geschlossene Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist dem Betriebsrat vorzulegen.

Ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, Informationen schriftlich oder mündlich zu erteilen, ist im Gesetz nicht geregelt. Aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, lässt sich jedoch herleiten, dass der Arbeitgeber umfangreiche Informationen schriftlich erteilen muss. Weigert sich der Arbeitgeber Informationen schriftlich zu erteilen, sollte der Betriebsrat bei der mündlichen Unterrichtung Protokoll führen und sich dieses im Nachgang vom Arbeitgeber abzeichnen lassen.

Die Informationen durch den Arbeitgeber müssen umfassend und rechtzeitig sein, das heißt, der Betriebsrat muss in zeitlicher Hinsicht informiert werden, wenn der Arbeitgeber sich im Planungsstadium befindet und ein Ergebnis noch nicht feststeht. Wichtig ist an dieser Stelle, dass der Betriebsrat noch Einfluss auf die Entscheidung nehmen können muss. Das bedeutet, er muss noch die Gelegenheit haben, Bedenken, Anregungen und eigene Vorschläge einzubringen, die dann auch als Grundlage für die Entscheidung dienen können. Hat der Arbeitgeber bereits Entscheidungen getroffen, die sich nicht mehr ohne weiteres ändern lassen, ist die Information nicht mehr rechtzeitig.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Arbeitgeber nur die Informationen an den Betriebsrat weiterleiten, von denen sie glauben, diese dem Betriebsrat „ohne größere Verluste“ geben zu können. Hier ist den Betriebsräten zu empfehlen, einen eigenen Fragenkatalog zu entwickeln, denn Betriebsräte sind vom Arbeitgeber auf den gleichen Wissensstand zu setzen, den er selbst hat. Alle Informationen, die der Arbeitgeber seiner Entscheidung zugrunde legt, müssen auch dem Betriebsrat für seine Entscheidungsbildung gegeben werden. Das bedeutet auch, dass es nicht ausreichend ist, den Betriebsrat einmal zu informieren, vielmehr hat - bezogen auf den jeweiligen zugrundeliegenden Sachverhalt - eine laufende Information durch den Arbeitgeber zu erfolgen.

Häufig werden Betriebsräten mit dem Argument des Vorliegens eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses Informationen verwehrt. Dieses Argument greift nicht durch. Der Betriebsrat ist nach § 79 BetrVG zur Geheimhaltung verpflichtet. Die Geheimhaltungsverpflichtung macht nur Sinn, wenn der Betriebsrat die Information zuvor beanspruchen kann.

Ein ebenfalls immer wieder auftauchendes Argument des Arbeitgebers ist auch, dass eine Weitergabe von Informationen gegen den Datenschutz verstößt. Auch dieses Argument greift nicht. Der Betriebsrat ist nicht Dritter im Sinne des BDSG und wird daher nur insoweit durch das BDSG beschränkt, als dass er selbst die datenschutzrechtlichen Vorschriften einhalten muss. So entschied das BAG im Jahre 2012, dass der Betriebsrat verlangen kann, dass ihm die Arbeitnehmer genannt werden, die für ein betriebliches Eingliederungsmanagement in Frage kommen. Ein Verstoß gegen den Datenschutz lag nicht vor (BAG vom 07.02.2012 – 1 ABR 46/10). Im gleichen Fall hat das BAG auch entschieden, dass die vorherige Einwilligung durch die Arbeitnehmer hinsichtlich der Weitergabe ihrer Namen an den Betriebsrat nicht notwendig sei. Seine Rechtsprechung hat das BAG jüngst bestätigt, als ein Betriebsrat in die Bruttolohnlisten der Arbeitnehmer einer Klinik Einsicht nehmen wollte (BAG vom 14.01.2014 – 1 ABR 54/12).

Nach § 80 Abs. 2 BetrVG muss der Arbeitgeber den Betriebsrat von sich aus informieren. Allzu oft kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung jedoch nicht nach, so dass der Betriebsrat sich selbst die Informationen beschaffen muss. Hier sollte er die Initiative ergreifen. Er kann sich an die einzelnen Arbeitnehmer wenden und diese an ihrem Arbeitsplatz aufsuchen oder Betriebsbegehungen durchführen. Betriebsräte sollten Arbeitgeber, die Informationen verweigern, schriftlich unter Fristsetzung auffordern, die Informationen beizubringen. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, kann der Betriebsrat eine Auskunftsklage auf Erteilung der Informationen erheben (Veröffentlicht in AiB, 5/2015, S. 36 ff).



**Simone Rohs, Düsseldorf**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



**Betriebsräte haben einen Anspruch auf angemessene Ruhezeit vor dem Beginn einer Betriebsratssitzung, so dass sie eine vorausgehende Schicht entsprechend früher verlassen dürfen.**

- LAG Hamm, Urteil vom 20.02.2015 - 13 Sa 1386/14 -

**Leitsatz**

1. Bei der Wahrnehmung von Amtsaufgaben als Betriebsratsmitglied handelt es sich nicht um Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes, so dass u.a. die Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG zur elfstündigen ununterbrochenen Ruhezeit keine direkte Anwendung findet.
2. Allerdings sind im Rahmen der Prüfung, ob wegen einer bevorstehenden Betriebsratstätigkeit die Erbringung der Arbeitsleistung ganz oder teilweise unzumutbar ist, die mit der Einhaltung einer Ruhezeit angestrebten Ziele zu berücksichtigen.

**Darum geht es**

Gem. § 5 Abs. 1 ArbZG haben Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Stunden ehe die nächste Schicht beginnt. Ungeklärt war bislang, ob eine entsprechende Ruhezeit auch hinsichtlich der Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben einzuhalten ist. Mit dieser Frage hatte sich das LAG Hamm zu befassen. Die Entscheidung ist aus Sicht der Betriebsräte höchst erfreulich.

**Zum Sachverhalt (verkürzt)**

In dem vom LAG Hamm zu entscheidenden Fall hatte der Kläger einen Anspruch auf Gutschrift von Stunden im Zusammenhang mit Betriebsratstätigkeiten geltend gemacht.

Der Kläger ist Mitglied des bei dem Betrieb der Arbeitgeberin bestehenden 11-köpfigen Betriebsrats. Er arbeitet im Rahmen einer 35-Stunden-Woche als Anlagenbediener im Dreischichtbetrieb. Am 16.07.2013 war der Kläger für die Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr eingeteilt. Tatsächlich hat der Kläger mit Rücksicht auf anstehende Betriebsratsaufgaben nur bis 02:30 Uhr gearbeitet. Am Folgetag, also dem 17.07.2013, nahm er in der Zeit von 13:00 Uhr bis 15:30 Uhr an einer Betriebsratssitzung teil und hatte nach eigener Darstellung zuvor von 11:45 Uhr bis 13:00 Uhr ebenfalls Amtstätigkeiten wahrgenommen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei berechtigt gewesen, die Nachtschicht vom 16.07.2013 auf den 17.07.2013 unter Berücksichtigung des § 37 Abs. 2 BetrVG und des § 5 Abs. 1 ArbZG (die eine 11-stündige Ruhezeit vorschreiben) vorzeitig



zu beenden, um dann am 17.07.2013 ausgeruht seinen Betriebsratsaufgaben nachkommen zu können. Entsprechend forderte er vom Arbeitgeber die Gutschrift der (tatsächlich nicht geleisteten) Stunden aus der Nachtschicht und der Stunden der Betriebsratsarbeit.

Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, dass im Falle der erforderlichen Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeiten zwar eine gewisse Dauer der Erholung zu berücksichtigen sei, dabei aber nicht auf die nach dem Arbeitszeitgesetz geltenden 11 Stunden abgestellt werden könne. Diese seien nur für Arbeits-tätigkeiten maßgeblich, nicht dagegen für Betriebsratstätigkeiten. Vor diesem Hintergrund hielt der Arbeitgeber lediglich acht Stunden Ruhezeit (und zwar für den Zeitraum zwischen 5:00 Uhr und 13:00 Uhr) für angemessen.

## **Entscheidung des Gerichts**

Das Gericht entschied, dass dem Kläger weitere zwei Stunden gut zu schreiben sind. Im Eingangssatz der Entscheidungsgründe heißt es insoweit:

„Der Kläger hat gegenüber der Beklagten (Arbeitgeber) aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch darauf, dass ihm die ... für den 17.07.2013 von 03:00 Uhr bis 05:00 Uhr abgezogenen 2 Stunden gutgeschrieben werden.“

Zur Begründung führt das LAG Hamm den § 37 Abs. 2 BetrVG an, wonach Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien sind, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Mit § 37 Abs. 2 BetrVG soll nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, 07.06.1989 – 7 AZR 500/88) einerseits die Amtsführung gesichert und andererseits das Betriebsratsmitglied bei der Amtsausübung vor Entgeltminderungen durch Arbeitsversäumnis geschützt werden.

Deshalb dürfe eine Minderung des Arbeitsentgelts auch dann nicht eintreten, wenn eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit liegt, sie aber die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich bzw. unzumutbar macht. Insoweit stellte das LAG Hamm fest, dass es dem Kläger bei Beginn der Betriebsratssitzung um 13:00 Uhr, schon ab 03:00 Uhr nicht mehr zumutbar war, seine Arbeitsleistung als Anlagenbediener in der Nachtschicht zu erbringen.

Hinsichtlich der Regelung aus § 5 Abs. 1 ArbZG, wonach eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden vorgeschrieben ist, weist das LAG Hamm



allerdings darauf hin, dass diese keine unmittelbare Anwendung findet. Zu diesem Schluss kommt das LAG Hamm deshalb, weil es die Betriebsratsarbeit nicht als Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes einstuft.

Dennoch greift das LAG Hamm auf die Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG zurück, indem es sich diese zum Maßstab macht bzw. sich auf den Schutzzweck des § 5 Abs. 1 ArbZG beruft. In der Entscheidung heißt es insoweit:

„Andererseits ist der Schutzzweck des § 5 Abs. 1 ArbZG zu beachten, wonach die elfstündige ununterbrochene Ruhezeit der angemessenen Entspannung und Erholung sowie der Entfaltung der Persönlichkeit außerhalb des Berufslebens dient; es soll sichergestellt werden, dass Beschäftigte nicht wegen Übermüdung oder wegen eines unregelmäßigen Arbeitsrhythmus sich selbst, Kollegen oder sonstige Personen verletzen und weder kurz- noch langfristig ihre Gesundheit schädigen. Namentlich wird durch den Zeitrahmen des § 5 Abs. 1 ArbZG der Erkenntnis Rechnung getragen, dass der individuelle menschliche Schlafbedarf zur notwendigen Regenerierung von Körper und Geist unterschiedlich ist und zwischen sechs bis zu über acht Stunden liegen kann, wobei eine Umfrage ein Mittel von sieben Stunden und 14 Minuten ergeben hat“.

Gemessen an diesen Gesichtspunkten sei es nicht zu beanstanden, wenn der Kläger zur Gewährleistung der individuell für ihn notwendigen Zeiten der Entspannung und Erholung insgesamt 10 Stunden in Anspruch genommen hat, ehe er am 17.07.2013 ab 13:00 Uhr an einer Betriebsratssitzung teilnahm.

## **Bedeutung für die Praxis**

Mit dieser Entscheidung wird die Betriebsratsarbeit zwar nicht zur Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes erkoren, aber sie wird mit ihr nahezu gleich gestellt. Obgleich das BAG bereits 1989 festgestellt hatte, dass namentlich die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung von den Anforderungen an Aufmerksamkeit und geistiger Leistungsfähigkeit denjenigen bei der Erbringung von vertraglich geschuldeten Arbeitsleistungen nicht nachsteht, stellt das LAG Hamm nunmehr fest, dass die Betriebsratsarbeit auch hinsichtlich der notwendigen Ruhezeiten ähnlich wie Arbeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes zu behandeln ist.

Für die Praxis hat diese Entscheidung ganz besondere Bedeutung. Betriebsräte können sich mit Blick auf diese Entscheidung eine angemessene Ruhezeit gönnen und eine Schicht beispielsweise früher verlassen, um später ausgeruht Betriebsratsaufgaben wahrnehmen zu können. Denkbar ist auch, dass eine Schicht, die zeitlich nach einer Betriebsratssitzung liegt, erst nach angemessener





Ruhezeit, also später, angetreten wird. Als Maßstab für die angemessene Ruhezeit kann auf die 11 Stunden aus dem § 5 Abs. 1 ArbZG zurückgegriffen werden. Hierbei ist allerdings auf den Einzelfall abzustellen, da dieses Urteil meines Erachtens nicht pauschal von einem Anspruch auf 11 Stunden Ruhezeit vor einer Betriebsratstätigkeit spricht. Die in § 5 Abs. 1 ArbZG genannten 11 Stunden sind daher lediglich als Maßstab zu verstehen.

**Hinweis:**

Der Arbeitgeber hat gegen diese Entscheidung Revision beim BAG (**AZ.: 7 AZR 224/15**) eingelegt. Die Entscheidung ist daher noch nicht rechtskräftig. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Bundesrichter der Rechtsauffassung des LAG Hamm folgen werden.



**Özer Arslan, Köln**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Personelle Einzelmaßnahmen – Unterrichtung – Vorlage von Unterlagen – Gesprächsnotizen**

– BAG, Beschluss vom 14.04.2015 - 1 ABR 58/13 –

Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der verweigerten Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung eines Arbeitnehmers.

Der Betriebsrat wurde seitens des Arbeitgebers unter Vorlage der von den Interessenten bezüglich der ausgeschriebenen Stelle eingereichten Bewerbungsunterlagen über den Verlauf der geführten Bewerbungsgespräche sowie über die Gründe für seine Auswahlentscheidung unterrichtet.

Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung – wegen Verstoßes der beantragten Auswahlentscheidung gegen die Betriebsvereinbarung Auswahlrichtlinien – wurde vom Arbeitsgericht ersetzt. Die hiergegen gerichteten Beschwerden wurden vom LAG und BAG zurückgewiesen.

Das BAG hat entschieden, dass zu den gegenüber dem Betriebsrat vorzulegenden Bewerbungsunterlagen im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG alle Unterlagen gehören, die der Arbeitgeber allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber anlässlich einer Bewerbung erstellt hat, jedoch nur, wenn der Arbeitgeber diese Schriftstücke auch bei seiner Auswahlentscheidung berücksichtigt. Hingegen muss der Arbeitgeber Aufzeichnungen, die hierfür ohne jeglichen Belang sind, nicht vorlegen. Wenn anlässlich von Bewerbungsgesprächen seitens der Personalsachbearbeiterin Notizen gefertigt wurden, dann sind diese nach Auffassung des BAG für die Auswahlentscheidung nicht von Bedeutung, sofern die Notizen lediglich als Erinnerungsstütze für die Besprechung mit ihrem Vorgesetzten und für die Abfassung des an den Betriebsrat gerichteten Unterrichtungsschreibens erstellt wurden.

Das BAG hat abermals betont, dass das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat kein Teilnahmerecht an den mit Bewerbern geführten Personalgesprächen gewährt. Der Arbeitgeber muss sein hierdurch zu Tage tretendes Informationsdefizit keineswegs durch eine Wiedergabe der mit den Bewerbern geführten Gespräche oder ihrer wesentlichen Inhalte ausgleichen. Insbesondere verlangt § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vom Arbeitgeber auch keine Rechtfertigung seiner Auswahl.



## **Streikeinsätze von Beamten bei der Deutschen Post**

- ArbG Bonn, Urteil vom 02.07.2015 - 3 Ga 20/15 -

Das Arbeitsgericht Bonn hat einen Antrag der Gewerkschaft ver.di im einstweiligen Verfügungsverfahren abgewiesen, mit dem der Deutschen Post untersagt werden sollte, Beamte gegen deren erklärten Widerspruch mit Tätigkeiten streikender Arbeitnehmer, insbesondere in der Paketzustellung, einzusetzen.

Die Gewerkschaft ver.di stützte sich bei ihrem Antrag maßgeblich auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1993, derzufolge bei einem rechtmäßigen Streik der zwangsweise Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen unzulässig ist. Die Deutsche Post behauptete, dass zum Einen die Beamten keineswegs mit Tätigkeiten streikender Arbeitnehmer bedacht worden seien und zum Anderen der Streik rechtswidrig sei, da es eigentlich um die Ausgliederung von Zustellbezirken gehe.

In Anbetracht des streitigen Vortrags der Parteien konnte das Arbeitsgericht nach der mündlichen Verhandlung nicht zweifelsfrei feststellen, dass die Deutsche Post gegen das Verbot des Bundesverfassungsgerichts, Beamte zwangsweise auf bestreikten Arbeitsplätzen einzusetzen, in gravierendem Umfang verstoßen hat, da nur noch wenige Einzelfälle übrig blieben. Die Rechtsfrage, mit welchen Aufgaben Beamte während eines Streiks außerhalb ihrer regulären Tätigkeit gegen ihren Widerspruch beauftragt werden dürfen, konnte demzufolge nicht geklärt werden. Ebenfalls wegen unzureichender Sachverhaltsklärung blieb unentschieden, ob der Streik rechtswidrig war.

## **Betriebsrat – Freistellung von Rechtsanwaltskosten – Bildung einer Einigungsstelle**

- BAG, Beschluss vom 18.03.2015 - 7 ABR 4/13 -

Das BAG befasste sich mit der Problematik der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf Rechtsanwaltskosten des Betriebsratsanwalts, d.h. inwiefern der Arbeitgeber abgetretene Rechtsanwaltskosten zu erstatten hat, die den Antragstellern als Prozessbevollmächtigte des Betriebsrats in zwei Beschlussverfahren entstanden sind.

Die erste Forderung in Höhe von ca. 1.150 € hatte die Vertretung in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zum Gegenstand, in dem der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Aufhebung der Versetzung eines Betriebsratsmitglieds begehrt hatte. Das Arbeitsgericht Oberhausen hatte den Antrag abgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde vom LAG Düsseldorf zurückgewiesen. Der Betriebsrat hatte keinen gesonderten Beschluss zur Einlegung der Beschwerde gefasst.



Die zweite Forderung in Höhe von ca. 940 € betraf ein Beschlussverfahren über die Errichtung einer Einigungsstelle wegen einer vom Betriebsratsvorsitzenden erhobenen Beschwerde. Betriebsrat und Arbeitgeber hatten vor Einleitung des Beschlussverfahrens außergerichtliche Korrespondenz dahingehend, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteilte, dass er sich mit dem Betriebsratsvorsitzenden zur Erarbeitung einer gemeinsamen und zufriedenstellenden Lösung in Verbindung setzen werde. Ohne weitere Ankündigung beauftragte der Betriebsrat die Rechtsanwälte mit der Einleitung des Beschlussverfahrens zur Errichtung einer Einigungsstelle.

Das BAG hat zunächst herausgestellt, dass zu den nach § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten zwar auch die Kosten für einen Rechtsanwalt gehören, dessen Heranziehung der Betriebsrat in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten durfte. Jedoch habe der Betriebsrat die Prüfung der Erforderlichkeit nicht allein anhand seiner subjektiven Bedürfnisse vorzunehmen. Der Betriebsrat dürfe bei der Wahl seiner Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht nicht missachten. Vielmehr habe der Betriebsrat wie jeder, der auf Kosten eines anderen handeln kann, die Maßstäbe einzuhalten, die er gegebenenfalls bei eigener Kostentragung anwenden würde, wenn er selbst bzw. seine beschließenden Mitglieder die Kosten tragen müssten.

Der Arbeitgeber habe nur diejenigen Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen, die auf eine Beauftragung aufgrund eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses zurückgehen. Ein Beschluss bedürfe es nicht nur vor der erstmaligen Beauftragung eines Rechtsanwalts, sondern grundsätzlich auch, bevor dieser im Namen des Betriebsrates ein Rechtsmittel einlege. Fehlt ein solcher Beschluss, könne zwar das Rechtsmittel – bei entsprechender Verfahrensvollmacht – wirksam eingelegt sein. Jedoch werde eine Pflicht zur Tragung der Rechtsanwaltskosten für ein Rechtsmittel ohne entsprechenden Beschluss nicht ausgelöst. Nicht zuletzt im Kosteninteresse des Arbeitgebers müsse der Betriebsrat prüfen, ob und mit welchen Argumenten ein Rechtsmittel gegen eine zu seinen Lasten ergangene Entscheidung erfolgsversprechend sei.

Ob das Verfahren in der nächsten Instanz fortgesetzt werden solle, könne der Betriebsrat nicht bereits bei der Einleitung des Verfahrens beurteilen, sondern erst dann, wenn er die Gründe der anzufechtenden Entscheidung kenne und sich damit auseinandergesetzt habe. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz komme allenfalls dann in Betracht, wenn es der Betriebsrat wegen der besonderen Bedeutung der Angelegenheit von vornherein für geboten und erfolgsversprechend halten darf, einen Rechtsstreit durch alle Instanzen zu führen oder wenn gegen eine zugunsten



des Betriebsrats ergangene Entscheidung seitens des Prozessgegners ein Rechtsmittel eingelegt werde.

In Ermangelung eines gesonderten Beschlusses des Betriebsrats für das Beschwerdeverfahren muss der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG die Kosten des Betriebsratsanwalts für die Beschwerde nicht tragen.

Ferner ist der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG auch nicht verpflichtet, die Kosten für das Einigungsstellenerrichtungsverfahren zu tragen. Die Einleitung eines solchen Beschlussverfahrens sei nicht erforderlich gewesen im Sinne von § 40 Abs. 1 BetrVG. Insoweit sei die Rechtsverfolgung vielmehr mutwillig gewesen. Für die Bildung einer Einigungsstelle fehle grundsätzlich das Rechtsschutzinteresse, wenn die Parteien Betriebsrat und Arbeitgeber in einer beteiligungspflichtigen Angelegenheit nicht den nach § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG normierten Versuch einer gütlichen Einigung unternommen haben, sondern sofort die Einigungsstelle anrufen.

Da der Betriebsrat den Arbeitgeber nicht über seine Absicht informiert habe, von seinem Antragsrecht nach § 85 Abs. 2 BetrVG Gebrauch zu machen und die Einigungsstelle anzurufen, hat nach Überzeugung des BAG das Rechtsschutzinteresse gefehlt und die Rechtsverfolgung war insoweit mutwillig.

## **Betriebsratsschulung – Freistellung des Betriebsratsmitglieds von Übernachtungskosten – nachträgliche Änderung der für die kostenauslösende Entscheidung maßgeblichen Umstände**

– BAG, Beschluss vom 27.05.2015 - 7 ABR 26/13 –

Die Parteien streiten darüber, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, Übernachtungskosten zu tragen, die anlässlich der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer Schulungsveranstaltung entstanden sind.

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, jene Kosten zu tragen, die anlässlich der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG entstanden sind, sofern das bei der Schulung vermittelte Wissen für die Betriebsratsarbeit erforderlich ist.

Zu den vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten gehörten auch notwendige Reise- und Übernachtungskosten, so das BAG. Der für die Kostentragungspflicht erforderliche Beschluss des Betriebsrats müsse auf ein konkretes Betriebsratsmitglied und auf eine konkrete, nach Zeitpunkt und Ort bestimmte Schulung bezogen sein. Dagegen brauche sich der Beschluss nach Ansicht des BAG jedoch



nicht darauf zu erstrecken, mit welchem Verkehrsmittel das Betriebsratsmitglied zum Schulungsort gelange und ob es dort übernachtete.

Trifft das Betriebsratsmitglied die Entscheidung, im Schulungshotel zu übernachten, sei die Erforderlichkeit der Übernachtung grundsätzlich danach zu beurteilen, ob das Betriebsratsmitglied zum Zeitpunkt der Beschlussfassung oder Handlung, die die Kosten auslöste, die Verursachung der Kosten (z.B. Buchung des Hotelzimmers) für erforderlich halten durfte. Etwas anderes gelte ausnahmsweise in Fällen, in denen sich die für die Entscheidung maßgeblichen Umstände nachträglich bis zur Übernachtung erheblich geändert haben – etwa wenn aufgrund durchgehender Eis- und Schneeglätte außergewöhnliche Straßenverhältnisse bestanden, die zu verlängerten Fahrtzeiten und einem besonderen Unfallrisiko führten – und das Betriebsratsmitglied die Kosten unter den geänderten Umständen für erforderlich halten durfte. In diesem Fall sind die Kosten nach Überzeugung des BAG vom Arbeitgeber zu tragen.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Kürzung des Urlaubs wegen Elternzeit**

- BAG, Urteil vom 19.05.2015 - 9 AZR 725/13 -
- LAG Hamm, Urteil vom 27.06.2013 - 16 Sa 51/13 -

### **Leitsätze**

Die Regelung in § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG setzt voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub noch besteht. Daran fehlt es, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

### **Sachverhalt**

Die Parteien streiten darum, ob der Erholungsurlaub der Klägerin noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Elternzeit gekürzt werden konnte.

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 01.04.2007 bis zum 15.05.2012 als Ergotherapeutin beschäftigt. Aufgrund eines Beschäftigungsverbots im Rahmen ihrer Schwangerschaft war sie ab Mai 2010 freigestellt. Im Anschluss an den Mutterschutz befand sich die Klägerin ab Mitte Februar 2011 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Elternzeit. Nach dessen Beendigung verlangte die Klägerin erfolglos die Abrechnung und Abgeltung ihrer Urlaubsansprüche aus den Jahren 2010 bis 2012 und reichte Klage ein.

Die Beklagte erklärte nach Zustellung der Klage im September 2012 die Kürzung des Erholungsurlaubes wegen der Elternzeit nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG und beantragte Klageabweisung.

Die Klägerin wandte ein, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses könne die Kürzungserklärung nach § 1 Abs. 1 BEEG nicht mehr abgegeben werden. Zudem verstoße die Regelung gegen europarechtliche Vorgaben.

Das Arbeitsgericht Hamm hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hatte das Landesarbeitsgericht Hamm (LAG) das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die nachträgliche Kürzung des Erholungsurlaubes für unwirksam erklärt. Soweit die Beklagte dabei zur Urlaubsabgeltung für Zeiten der Elternzeit verurteilt wurde, hat das LAG die Revision zugelassen.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.



Das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschied, dass die Beklagte den Abgeltungsanspruch der Klägerin nicht durch die Erklärung im September 2012 kürzen konnte. Der Abgeltungsanspruch der Klägerin war mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 17 Abs. 3 BEEG, § 7 Abs. 4 BUrlG entstanden. Die Regelung in § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG setzt voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub noch besteht. Daran fehlt es, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer stattdessen Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

Der Klägerin standen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Mai 2012 auch noch die Urlaubsansprüche für 2011 zu. Die Klägerin war länger als sechs Monate bei der Beklagten beschäftigt gewesen, weswegen ihr Urlaubsanspruch für 2011 bereits zum Jahresbeginn entstanden war. Dieser Anspruch verfiel auch nicht zum 31.12.2011. Gem. § 17 Abs. 2 BUrlG hat der Arbeitgeber noch nicht gewährten Urlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Kalenderjahr zu gewähren. Dies soll den Verfall von Urlaub durch die Elternzeit verhindern. Vor Beginn der Elternzeit war der Urlaubsanspruch nicht erfüllt worden, wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ende der Elternzeit konnte er auch nicht mehr gewährt werden. Daher war auch der Urlaubsanspruch für 2011 abzugelten.

Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG wegen der Elternzeit kürzen. Umstritten war bis zu dieser Entscheidung, ob diese Erklärung im bestehenden Arbeitsverhältnis abgegeben werden muss.

In seiner früheren Rechtsprechung zu § 17 BErzGG, der Vorläufer-Norm zu § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG, hatte das BAG die Auffassung vertreten, diese Erklärung könne auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und sogar im laufenden Rechtsstreit abgegeben werden.

Das BAG entschied jetzt, an dieser Auffassung nicht länger festzuhalten, weil die frühere Senats-Rechtsprechung auf der Surrogatstheorie basierte. Danach war der Abgeltungsanspruch ein reines Erfüllungssurrogat zum Urlaubsanspruch. Zwischen Urlaubsanspruch und Abgeltungsanspruch bestand Zweckidentität. Als Folge dessen entschied das BAG in der Vergangenheit, sofern der Urlaubsanspruch gekürzt werden könne, gelte dies auch für den Abgeltungsanspruch.

Das BAG betonte erneut, dass es diese Surrogatstheorie vollständig aufgegeben hat. Der Abgeltungsanspruch beruht zwar auf urlaubsrechtlichen Vorschriften, entsteht tatsächlich aber erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit seiner Entstehung wird er als reiner Geldanspruch Teil des Vermögens der Arbeitnehmer. Damit unterscheidet er sich rechtlich nicht mehr von anderen Zahlungsansprüchen. Der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG spricht eindeutig nur von der Kürzung des Erholungsurlaubs und nicht von der Kürzung des Abgeltungsanspruchs.





Nach Aufgabe der Surrogatstheorie gelten Regelungen zum Erholungsurlaub nicht mehr automatisch auch für den Abgeltungsanspruch.

Das BAG wies das weitere Argument der Beklagten zurück, dass oftmals erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses feststeht, in welchem Umfang eine Kürzung möglich ist. Die Höhe der Kürzung wird durch § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG eindeutig vorgegeben. Da der schriftliche Antrag auf Elternzeit gem. § 16 BEEG in der Regel auch deren Zeitraum angeben muss, kenne der Arbeitgeber für gewöhnlich die Dauer der Elternzeit.

Der Arbeitgeber könne die Kürzung auch weiterhin jederzeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklären. Das BAG sah deswegen kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers, entstandene Zahlungsansprüche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu kürzen.

Auch aus § 17 Abs. 4 BEEG folgt laut BAG kein anderes Ergebnis. § 17 Abs. 4 BEEG regelt die Kürzung eines bestehenden oder noch entstehenden Urlaubsanspruchs nach Ende der Elternzeit. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt dieser Urlaubsanspruch jedoch und wird zum Abgeltungsanspruch. Eine rückwirkende Kürzung bereits erfüllten Urlaubs und eine Rückforderung des Urlaubsentgelts sei in § 17 Abs. 4 BEEG nicht vorgesehen. Die Verrechnungsmöglichkeit umfasse damit eindeutig nur bestehenden oder noch entstehenden Urlaub. Ob Regelungen Rückwirkung entfalten, müsse im Arbeitsrecht stets gesondert beurteilt werden. Auch ein bereits vollzogener Arbeitsvertrag kann grundsätzlich nicht mit Rückwirkung angefochten werden, sondern nur mit Wirkung für die Zukunft.

Die Beklagte konnte sich auch nicht auf ein besonders geschütztes Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung des BAG zu § 17 BErzGG berufen. Höchstrichterliche Rechtsprechung sei kein Gesetzesrecht und erzeuge keine vergleichbare Rechtsbindung. Solange die Änderung ausreichend begründet werde und sie sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung halte, gebe es jedenfalls aus Art. 20 Abs. 3 GG keinen besonderen Vertrauensschutz.

Das BAG betonte, dass eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 17 Abs.1 BEEG nicht vorgelegen habe. Der Arbeitgeber durfte auch nicht darauf vertrauen, dass die Rechtsprechung zu § 17 BErzGG auf § 17 BEEG übertragen werden würde, da diese auf der Surrogatstheorie basierte. Zu Beginn der Elternzeit der Klägerin Anfang 2011 sei klar gewesen, dass die Surrogatstheorie aufgegeben werden würde.



Spätestens nachdem das LAG Düsseldorf Mitte 2006 den Europäischen Gerichtshof in der Sache Schultz-Hoff um Vorabentscheidung gebeten hatte, hätten Arbeitgeber nicht auf den Fortbestand der Senats-Rechtsprechung zur Surrogats-theorie vertrauen dürfen.

## **Auswirkungen auf die Praxis**

Auch wenn die frühere Rechtsprechung anderes vermuten ließ, können Urlaubsansprüche wegen der Elternzeit nur während des Beschäftigungs-verhältnisses gekürzt werden. Weitere Auswirkungen der Aufgabe der Surrogats-theorie bleiben abzuwarten.

Arbeitnehmer müssen nun zumindest nicht mehr befürchten, dass der Arbeitgeber erst nach Klage auf Urlaubsabgeltung die Kürzung erklärt und damit die Durchsetzung ihrer Ansprüche verhindert.

## **Zur Erinnerung**

Das BAG betrachtet den Abgeltungsanspruch nur noch als reinen Geldanspruch, der laut BAG grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wird. Dieser Anspruch fällt unter die arbeits- bzw. tarifvertraglichen Ausschlussfristen. Da diese Fristen sehr kurz sein können, sollten Arbeitnehmer dies unbedingt beachten, wenn es um die Frage der Urlaubsabgeltung geht.

**Anna-Lena Trümner, Oldenburg**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



### **Außerordentliche Kündigung einer Pflegekraft ohne vorherige Abmahnung**

– LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.04.2015 - 5 Sa 637/14 –

Legt eine Pflegekraft sich während des Dienstes nach planvoller Vorbereitung schlafen, so verletzt sie ihre arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht als Nachtwache erheblich. Das LAG sah es dabei als besonders schwerwiegend an, dass die Mitarbeiterin die Pflege der Heimbewohner vernachlässigt und sogar dafür gesorgt hatte, dass diese ihren Schlaf nicht stören konnten, indem sie die Betten zweier Bewohnerinnen, die außer Stande waren allein aufzustehen, so weit von der Wand gerückt hatte, dass es beiden unmöglich war, die Notklingel zu erreichen. Aufgrund dieses Verhaltens und auch der Tatsache, dass die Arbeitnehmerin fälschlicherweise die nicht durchgeführte Versorgung dokumentiert hatte, war aus Sicht des LAG das Vertrauen des Arbeitgebers, dass die Arbeitnehmerin ihre Pflichten als Nachtwache zuverlässig erfüllt, in irreparabler Weise zerstört. Dem Arbeitgeber kann deshalb nicht zugemutet werden, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Eine Abmahnung war aufgrund der schweren der Pflichtverletzung entbehrlich und die außerordentliche Kündigung begründet.

### **Kündigungsschutz im Kleinbetrieb wegen Altersdiskriminierung**

– BAG, Urteil vom 23.07.2015 - 6 AZR 457/14 –

Das BAG hat entschieden, dass eine Kündigung auch im Kleinbetrieb unwirksam ist, wenn bei der Kündigung einer Arbeitnehmerin aufgrund von ihr vorgetragener Indizien eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters nach § 22 AGG zu vermuten ist und es dem Arbeitgeber nicht gelingt, diese Vermutung zu widerlegen.

Hintergrund war die Kündigung einer 1950 geborenen Arzthelferin. Die Arbeitgeber kündigten das Arbeitsverhältnis wegen Veränderungen im Laborbereich, welche eine Umstrukturierung der Praxis erforderten. Dabei führten sie im Kündigungsschreiben an, die Klägerin sei »inzwischen pensionsberechtigt«. Vier jüngeren Arzthelferinnen wurden nicht gekündigt.

Nach Auffassung des BAG hat die Klägerin Indizien dafür vorgetragen, dass sie wegen ihres Lebensalters unmittelbar benachteiligt worden ist. Da die Arbeitgeber die Vermutung nicht widerlegen konnten, dass die wegen der Erwähnung der »Pensionsberechtigung« zu vermutende Altersdiskriminierung nicht vorliegt, verstößt die Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG und ist auch im Kleinbetrieb unwirksam.

Ob und ggf. in welcher Höhe der Arbeitnehmerin der geltend gemachte Entschädigungsanspruch zusteht, konnte das BAG nicht feststellen. Die Sache wurde insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.



### **Schutz schwangerer Frauen vor Kündigung und Diskriminierung**

– ArbG Berlin, Urteil vom 08.05.2015 - 28 Ca 18485/14 –

Das Arbeitsgericht Berlin hat entschieden, dass die wiederholte Kündigung einer schwangeren Frau ohne Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde einen Anspruch auf Geldentschädigung wegen Diskriminierung auslösen kann.

Der Arbeitgeber hatte die bei ihm beschäftigte Klägerin bereits während der Probezeit gekündigt. Diese Kündigung hatte das Arbeitsgericht in einem vorangegangenen Kündigungsschutzverfahren nach § 9 MuSchG für unwirksam erklärt, weil die Klägerin ihrem Arbeitgeber gleich nach der Kündigung unter Vorlage des Mutterpasses mitgeteilt hatte, dass sie schwanger sei und der Arbeitgeber keine Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde zur Kündigung eingeholt hatte. Noch vor Ende der Schwangerschaft kündigte der Arbeitgeber erneut ohne Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde, diesmal fristlos aus wichtigem Grund. Er trug vor, er sei davon ausgegangen, dass die Schwangerschaft zum Kündigungszeitpunkt schon beendet gewesen sei.

Nach Auffassung des Gerichts ist nicht nur die erneute Kündigung wegen des Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unwirksam, sondern der Arbeitnehmerin steht auch eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu. Denn der Arbeitgeber hat mit der zweiten unwirksamen Kündigung das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechtes missachtet. Der Arbeitgeber ist bereits im Verfahren um die erste Kündigung eindringlich auf das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 MuSchG hingewiesen worden. Mit der behaupteten Unkenntnis vom Fortbestand der Schwangerschaft bei Ausspruch der zweiten Kündigung wird belegt, dass der Arbeitgeber nicht im Mindesten bereit ist, sich mit den Belangen seiner schwangeren Mitarbeiterin zu beschäftigen und deren Bedürfnisse und Rechte zu beachten. Die umgehend erklärte fristlose Kündigung lässt sich daher nur als bewusstes Übergehen der sich aufdrängenden Möglichkeit eines geschlechtsspezifischen Kündigungsverbotes deuten.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



### **Berücksichtigung von im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern bei der Bildung von mitbestimmten Aufsichtsräten**

Das Landgericht Frankfurt am Main hat am 16.02.2015 (3-16 O 1/14) eine für die Bildung mitbestimmter Aufsichtsräte nach dem DrittelbG oder dem MitbestG äußerst bedeutsame Frage entschieden. Dabei ging es um folgenden Fall:

Die X-AG beschäftigte Ende 2013 insgesamt 3.811 Arbeitnehmer, davon in Deutschland 1.624 und im europäischen Ausland 1.747 Arbeitnehmer. Auf die X-AG wurde das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) angewendet. Das DrittelbG gilt u.a. für Aktiengesellschaften und für GmbH mit Sitz in Deutschland, wenn in dem Unternehmen regelmäßig zwischen 500 und 2.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigt werden. Der Aufsichtsrat setzt sich zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zusammen. Das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) findet u.a. Anwendung, wenn in dem Unternehmen mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Hier besteht der Aufsichtsrat zur Hälfte aus Vertretern der Arbeitnehmer.

Im Rahmen eines Statusverfahrens gemäß § 98 Aktiengesetz machte ein Aktionär geltend, dass der Aufsichtsrat der X-AG falsch zusammengesetzt sei, weil die im europäischen Ausland beschäftigten Arbeitnehmer bei der Frage, nach welchem Gesetz der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist, nicht berücksichtigt worden sind.

#### **Die Entscheidung**

Das Landgericht Frankfurt am Main hat dem Kläger Recht gegeben und entschieden, dass der Aufsichtsrat falsch zusammengesetzt sei. Jedenfalls die im europäischen Ausland (in Betrieben und Tochtergesellschaften) beschäftigten Arbeitnehmer seien zu berücksichtigen. Deshalb sei nicht das DrittelbG, sondern das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) anwendbar. Der Aufsichtsrat der X-AG sei deshalb falsch zusammengesetzt und künftig je zur Hälfte aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern zusammensetzen.

#### **Zur Begründung führt das Gericht aus:**

Der Wortlaut des MitbestG – und auch des DrittelbG – nimmt an keiner Stelle im Ausland Beschäftigte von der Mitbestimmung aus.

Auch enthalten weder das MitbestG, noch das DrittelbG eine diesbezügliche Regelung, sondern verweisen hinsichtlich der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer auf die Regelung über den Konzern in § 18 Abs. 1 AktG (§ 5 Abs. 1 MitbestG, § 2 DrittelbG).



Hinsichtlich dieser Regelung ist aber nicht fraglich, dass zum Konzern auch ausländische Unternehmen zählen können. Maßgeblich ist allein, ob ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG besteht.

Es ist deshalb nicht zweifelhaft, dass es auch keinen eigenen mitbestimmungsrechtlichen Konzernbegriff gibt und ausländische Konzernunternehmen bei der Frage, wie sich der Aufsichtsrat zusammensetzen hat, zu berücksichtigen sind.

Der Zweck des MitbestG, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen, gelte gleichermaßen für im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer.

Jedenfalls bei in der Europäischen Union gelegenen Betrieben und Tochterunternehmen begründet eine andere Behandlung der im europäischen Ausland gelegenen Unternehmen auch einen Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV).

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Wird sie rechtskräftig, so sind die Konsequenzen für die Praxis erheblich: Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben und Tochtergesellschaften müssen dann mit sofortiger Wirkung bei den gesetzlichen Schwellenwerten berücksichtigt werden. Viele Unternehmen, die heute vom Geltungsbereich des DrittelbG erfasst werden, werden dann unmittelbar in das MitbestG hineinwachsen. Dies wird zu einer Vielzahl von Statusverfahren führen.

Bei Fragen zu diesem Thema können Sie sich gerne an uns wenden.



**Dr. Michael Bachner, Frankfurt am Main**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



**NAG e.V. (Neue Assekuranz Gewerkschaft) ist keine tariffähige Gewerkschaft**

- Beschluss des LAG Hessen vom 09.04.2015 - AZ 9 Ta BV 225/14 -

**Leitsätze des Beschlusses:**

Das bei Streitigkeiten, ob eine Arbeitnehmervereinigung auch die Gewerkschaftseigenschaft besitzt, vorgesehene „Statusverfahren“ ist durch das Tarifautonomie-Stärkungsgesetz vom 16. August 2014 auf eine Tatsacheninstanz beschränkt worden. Zuständig ist jeweils das Landesarbeitsgericht, in dem der Verband, dessen Status streitig ist, seinen Sitz hat.

1. Die Beschränkung des Verfahrens auf eine Tatsacheninstanz stellt keine Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG dar.
2. Eine Arbeitnehmervereinigung ist nur dann eine tariffähige Gewerkschaft wenn sie
  - frei gebildet ist
  - gegnerfrei, unabhängig auf überbetrieblicher Grundlage tätig ist
  - das Tarifrecht einschließlich des Arbeitskampfes anerkennt
  - über eine Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler verfügt, die sicherstellt, dass sie ernst genommen wird;
  - das wiederum setzt eine leistungsfähige Organisation, finanziert überwiegend aus Mitgliedsbeiträgen, voraus.
  - Durchsetzungsfähigkeit setzt nicht voraus, dass die Arbeitnehmerkoalition (immer) die Chance des vollständigen Sieges haben muss, vielmehr muss sie nur wegen ihrer Organisationsstärke vom sozialen Gegenspieler ernst genommen werden.
  - Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kommt der Mitgliederzahl eine entscheidende Bedeutung zu.
  - Allerdings kann auch eine relativ geringe Mitgliederzahl dadurch kompensiert werden, dass es sich bei den Mitgliedern um Spezialisten in Schlüsselfunktionen handelt, die nicht ohne weiteres ersetzt werden können.
  - Der vom BAG in dem Beschluss vom 5. Oktober 2010 zum AZ 1 ABR 88/09 aufgestellte Grundsatz, dass bei einer jungen Gewerkschaft eine prognostische Beurteilung der Mächtigkeit vorgenommen werden kann, verlangt, dass Tatsachengrundlagen zur Durchsetzungsfähigkeit vorgetragen und belegt werden.



- Ein Vortrag über ansteigende Mitgliederzahlen ohne Nennung der zahlenmäßigen Ausgangsbasis ist kein für eine Beweiserhebung ausreichender Vortrag zur prognostischen Mächtigkeit. Insofern ist für eine Beweiserhebung durch notarielle Beurkundung kein Raum.

4. Die Rechtsprechung des BAG zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung verstößt nicht gegen das Europarecht wie z. B. die Europäische Sozial-Charta, die Charta der Grundrechte in der EU oder das IAO-Übereinkommen Nr. 87 über Vereinigungsfreiheit.

Dies ist der wesentliche Inhalt der Entscheidung des LAG Hessen, das die Gewerkschaftseigenschaft des NAG e.V. verneint. Der NAG e. V. hat Nichtzulassungsbeschwerde beim BAG eingelegt.

#### **Anmerkungen zum Sachverhalt**

Der NAG e. V. (Neue Assekuranz Gewerkschaft e.V.) wurde 2010 mit Sitz in Gießen von Betriebsratsmitgliedern aus der Versicherungswirtschaft gegründet. Formal erfüllt er nach der Papierlage (Bekanntnis zur Tarifautonomie etc.) die Anforderungen, die eine Arbeitnehmervereinigung erfüllen muss, um als tariffähiger Verband anerkannt zu werden.

Tatsächlich allerdings handelt es sich um einen kleinen Verein. Deshalb hat der NAG e. V. während des gesamten Verfahrens keine Zahlen zu Mitgliederbeständen vorgelegt, sondern lediglich sehr positive Zahlen zu Mitgliederentwicklungen vorgetragen, ohne diese zu belegen. Aus dem Vortrag des NAG e.V. lässt sich nicht ermitteln, ob der Verein 2.000 oder nur 200 Mitglieder hat. Aber selbst wenn der Verein, was sehr unwahrscheinlich ist, 2.000 Mitglieder in dem selbstgewählten bundesweiten Organisationsbereich (Versicherungswirtschaft) hätte, wäre das ein Organisationsgrad von lediglich 1 Prozent der Beschäftigten in der Branche. Einen solchen Organisationsgrad hat das BAG in seinem Beschluss vom 28. März 2006 zum AZ 1 ABR 58/04 als zu gering angesehen, um daraus die Prognose abzuleiten, die entsprechende Vereinigung werde von der Arbeitgeberseite als Tarifpartner ernst genommen.

Die geringe Mitgliederzahl führt zu entsprechend niedrigen Beitragseinnahmen und einer entsprechend geringen Ausstattung mit hauptamtlichem Personal. So verfügt der NAG e.V. über zwei Gewerkschaftssekretäre und eine Teilzeitbürokräft. Zu seiner Kampffähigkeit trägt der NAG. e.V. selbst vor, man habe für den 30. März 2015 in Hamburg zu einem Warnstreik aufgerufen, der aber witterungsbedingt ausgefallen sei.





Zusammenfassend ist festzustellen, dass auch nach dem eigenen Vortrag des NAG e.V. dieser nicht in der Lage ist, die wesentlichen Elemente der Tarifautonomie zu sichern. Dies sind nach dem neuen § 4 a TVG des verabschiedeten Tarifeinheitsgesetzes die Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedigungsfunktion sowie die Ordnungsfunktion.

Der NAG e. V. hat erkannt, dass er unerreichbar weit davon entfernt ist, in der Tarifpolitik in der Versicherungswirtschaft eine spürbare Rolle zu spielen. In dem Verfahren verfolgt er deshalb das Ziel, dass die gesamte über Jahrzehnte entwickelte Rechtsprechung des BAG zum Gewerkschaftsbegriff als verfassungswidrig aufgehoben wird. Einer Neugründung einer Arbeitnehmervereinigung müsse, auch ohne soziale Mächtigkeit und Durchsetzungskraft, die Gewerkschaftseigenschaft zuerkannt werden und zwar aus europarechtlichen Vorschriften wie der EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) der Charta der Grundrechte in der EU, sowie auch aus dem Übereinkommen Nr. 87 die IAO.

Das Bundesverfassungsgericht und das BAG haben schon mehrfach entschieden, dass weder Europarecht noch internationales Recht dazu zwingen, jeden Verband, der sich Gewerkschaft nennt, auch als Gewerkschaft anzuerkennen. Der Nichtzulassungsbeschwerde des NAG e.V. dürfte deshalb kein Erfolg beschieden sein.

Die Arbeitgeberverbände, die in den 70iger Jahren des vorigen Jahrhunderts insbesondere die DGB-Gewerkschaften als „übermächtig“ angegriffen haben und vor einem drohenden „Gewerkschaftsstaat“ gewarnt haben, sind auf diesem Gebiet sehr leise geworden. Angesichts einer Vielzahl von berufsgruppenspezifischen Kleinverbänden, die eine hohe Durchsetzungskraft entwickeln können, und der Erkenntnis, dass auch die großen Branchengewerkschaften die Entstehung tariffreier Großbereiche nicht generell verhindern konnten, wächst die Besorgnis um eine sachgerechte Funktionsweise der Tarifautonomie.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



**Dr. Lars Weinbrenner**

BAG: Gleichbehandlungsgrundsatz und Eingruppierungsrichtlinien  
in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2015, S. 122

**Dr. Sascha Lerch**

Nichtzulassungsbeschwerde nur im Hauptsache-/Erkenntnisverfahren; Anm. zu  
BAG, Beschluss v. 3.6.2015 - 2 AZB 116/14  
in: Arbeitsrecht Aktuell 2015, S. 336

◀ *zur Inhaltsübersicht*



**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.