



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

um den modernen Arbeitsbedingungen gerecht zu werden, wurde eine der ältesten Arbeitsschutzvorschriften, die Arbeitsstättenverordnung, umfassend reformiert. Die novellierte Arbeitsstättenverordnung ist seit dem 03.12.2016 in Kraft. In der Rubrik **„Ein-Blick“** geben wir einen Überblick über die wesentlichen Änderungen.

Das BAG hat sich im Februar diesen Jahres mit einer für das Gesundheitswesen brisanten Frage beschäftigt: Handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung, wenn eine Schwester des Deutschen Roten Kreuzes (DRK), die als Mitglied einer DRK-Schwesternschaft und von dieser in einem von einem Dritten betriebenen Krankenhaus eingesetzt wird, um dort nach dessen Weisung gegen Entgelt tätig zu sein? Das Urteil und seine Auswirkungen stellen wir in der Entscheidungsbesprechung unter der Rubrik **„Betriebsräte“** vor.

In unserer Rubrik **„Arbeitnehmer“** befassen wir uns mit einem weiteren BAG-Urteil. In dieser Entscheidung geht es um die praxisrelevanten Fragen, ob sich ein Arbeitnehmer auch noch nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG auf einen – dem Arbeitgeber bisher nicht bekannten – Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch berufen kann und inwieweit der Arbeitgeber den zur Kündigung angehörten Betriebsrat nochmals anhören muss, wenn sich zeitlich nach Vorliegen der Stellungnahme des Betriebsrats weitere Erkenntnisse für den Kündigungssachverhalt ergeben, ohne dass diese Erkenntnisse für den (subjektiven) Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebend gewesen wären.

Im **„Kurzüberblick“** haben wir weitere interessante und praxisrelevante Entscheidungen aus dem individuellen und kollektiven Arbeitsrecht, die für die Betriebsratsarbeit von Bedeutung sind, aufgenommen.

Abschließend möchten wir darauf hinweisen, dass in diesem Jahr zwei weitere Kanzleigespräche stattfinden. **Auf Seite 22-25** findet Ihr/finden Sie diesbezüglich alle **näheren Informationen zu unseren Veranstaltungen**. Wir würden uns freuen, wenn wir Euch/Sie auch in diesem Jahr wieder zahlreich bei uns begrüßen dürfen und freuen uns schon jetzt auf Eure/Ihre Anmeldungen.

Viel Spaß beim Lesen des aktuellen Newsletters!

**Eure/Ihre  
schwegler rechtsanwälte**



<b>„Ein-Blick“</b>	<b><i>Neuerungen in der Arbeitsstättenverordnung</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Gestellung von Vereinsmitgliedern – Arbeitnehmerüberlassung</i></b>	<b>7</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- <i>Ausschluss aus dem Betriebsrat</i></li><li>- <i>Mitbestimmung bei Mitarbeiterbefragungen</i></li><li>- <i>Formelle Anforderungen an einen Wahlvorschlag</i></li></ul>	<b>10</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch – Verwirkung – Betriebsratsanhörung</i></b>	<b>13</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- <i>Sachgrundlose Befristung – Anschlussverbot gem. § 14 Abs. 2 TzBfG</i></li><li>- <i>Massenentlassungsschutz und Benachteiligung von Personen in Elternzeit</i></li><li>- <i>Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit – Vertragsgestaltung</i></li><li>- <i>Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Bewilligung einer Erwerbsminderungsrente</i></li></ul>	<b>18</b>
<b>Veranstaltungen</b>		<b>22</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>26</b>
<b>Impressum</b>		<b>27</b>

## **Neuerungen in der Arbeitsstättenverordnung**

Die Arbeitsstättenverordnung vom 12.08.2004 (BGBl. I S. 2179) ist zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 30.11.2016 (BGBl. I S. 2681) geändert und abgelöst worden. Die geänderte Arbeitsstättenverordnung enthält nunmehr strengere Vorschriften für den Arbeitgeber und regelt z.B. Anforderungen zu Beleuchtung, Belüftung, Raumtemperatur in Arbeitsräumen, Pausen, Bereitschafts- und Sanitär-räumen und an Bildschirmarbeits- sowie Telearbeitsplätzen.

### **Entwicklung**

Ursprünglich wurde im Jahr 1975 eine Arbeitsstättenverordnung erlassen, welche sehr detailliert in den §§ 1 bis 58 Regelungen und Anforderungen enthielt, die für die Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz von Beschäftigten am Arbeitsplatz festgelegt worden waren. Erst im Zuge der Deregulierung wurde die Arbeitsstättenverordnung im Jahr 2004 konsequent dahingehend vereinfacht und gekürzt, dass sich der Inhalt nunmehr auf die §§ 1 bis 8 reduzierte. Bis zum Jahr 2010 wurde die Arbeitsstättenverordnung noch fünfmal geändert, bevor sie durch die überarbeitete Fassung aus dem Jahre 2016, welche nunmehr aus den §§ 1 bis 9 besteht, abgelöst worden ist.

### **Ziel**

Die Arbeitsstättenverordnung konkretisiert das Arbeitsschutzgesetz und legt fest, was der Arbeitgeber beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten in Bezug auf die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Beschäftigten zu beachten hat. Sie beinhaltet entsprechende Pflichten des Arbeitgebers zum Schutz von Beschäftigten in Arbeitsstätten, d.h. zur Vermeidung von Unfällen bei der Arbeit und von arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren sowie zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit.

### **Konzeption**

Die Regelungssystematik der Arbeitsstättenverordnung folgt im Wesentlichen der Systematik der Europäischen Arbeitsschutzrichtlinien. Danach werden Schutzziele und allgemeine Anforderungen, jedoch keine detaillierten Vorgaben beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten festgelegt. Durch diese Flexibilität soll dem Arbeitgeber ein Spielraum für seine an Gegebenheiten und Situationen angepassten Maßnahmen des Arbeitsschutzes gegeben werden. Zur Erleichterung der Anwendung der Arbeitsstättenverordnung in der Praxis werden vom sogenannten „Ausschuss für Arbeitsstätten“ (ASTA) erläuternde und konkretisierende „Arbeitsstättenregeln“, die sogenannten ASR erarbeitet, die vom Arbeitgeber grundsätzlich zu berücksichtigen sind und im Sinne einer praktischen Durchführungshilfe regeln, wie den in der Arbeitsstättenverordnung niedergelegten Schutzzielen und Anforderungen konkret Rechnung getragen werden kann.

Die ASR enthalten den zum Zeitpunkt der Bekanntgabe aktuellen Stand der Technik.

Die Anwendung der ASR ist für den Arbeitgeber allerdings nicht zwingend.

Jedoch führt die Anwendung der ASR durch den Arbeitgeber zu einer sogenannten Vermutungswirkung mit Beweislastumkehr. Der Arbeitgeber muss also nicht beweisen, dass er rechtskonform gehandelt hat, sondern ihm muss ganz konkret ein Verstoß gegen die Vorschriften nachgewiesen werden.

Wendet der Arbeitgeber die ASR nicht an und weicht von den Vorgaben der ASR ab, so ist er verpflichtet, die ermittelten Gefährdungen auf andere Weise dahingehend zu beseitigen bzw. zu verringern, dass dabei das gleiche Schutzniveau der ASR gewährleistet wird.

### **Was ist neu?**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales betont, dass durch die Änderung der Arbeitsstättenverordnung die Arbeitsabläufe in Arbeitsstätten menschengerecht gestaltet und die Sicherheit und die Gesundheit von Beschäftigten gewährleistet werden sollen.

### **Bildschirmarbeit und Telearbeit**

Die Bildschirmarbeitsverordnung wurde aufgehoben und deren Bestimmungen vollständig in die geänderte Arbeitsstättenverordnung, dort in Nr. 6 des Anhangs, integriert. Nach § 2 V ArbStättV sind Bildschirmarbeitsplätze solche Arbeitsplätze, die sich in Arbeitsräumen befinden und die mit Bildschirmgeräten und sonstigen Arbeitsmitteln ausgestattet sind.

Ferner sind neben den Bildschirmarbeitsplätzen auch die Telearbeitsplätze explizit in die geänderte Arbeitsstättenverordnung aufgenommen worden. Nach § 2 VII 1 ArbStättV sind Telearbeitsplätze vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein solcher Telearbeitsplatz ist allerdings gemäß § 2 VII 2 ArbStättV erst dann eingerichtet, wenn der Arbeitgeber und der Beschäftigte die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Vereinbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln, einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist.

Daraus folgt in den Fällen, in denen es an einer Vereinbarung mit dem Beschäftigten über die Errichtung eines Bildschirmarbeitsplatzes im Privatbereich, über die Arbeitszeit und die Arbeitsbedingungen bzw. die Arbeitsplatzgestaltung mangelt, dass diese ebensowenig vom Anwendungsbereich der geänderten Arbeitsstättenverordnung erfasst sind wie die Fälle, in denen es um bloßes, beruflich veranlassenes „Mobiles Arbeiten“ geht, wie dem gelegentlichen Arbeiten mit dem Laptop in der Freizeit oder dem ortsunabhängigen Arbeiten von unterwegs im Zug.

Für Telearbeitsplätze im Sinne von § 2 VII 1, 2 ArbStättV regelt allerdings § 1 III ArbStättV einschränkend, dass für diese Telearbeitsplätze die Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung gemäß § 3 ArbStättV lediglich bei der erstmaligen Beurteilung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsplatzes gelten sowie die Regelungen der Unterweisung gemäß § 6 ArbStättV und der Anhang Nr. 6, soweit der Arbeitsplatz von dem im Betrieb abweicht. Damit ist jetzt klargestellt, dass zumindest für die erstmalige Einrichtung von Telearbeitsplätzen die Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften im Sinne des § 3 I ArbStättV durch den Arbeitgeber kontrolliert werden und durch Unterweisung sichergestellt werden muss, dass die Beschäftigten die Vorschriften kennen und die Begehung der Wohnung durch den Betriebsarzt oder die Fachkraft für Arbeitssicherheit ermöglichen.

### **Unterweisung**

Über die bislang in § 12 ArbSchG recht allgemein und grundlegend niedergelegte Pflicht des Arbeitgebers hinaus, die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen, regelt nunmehr der neu formulierte § 6 ArbStättV wesentlich konkreter, über welche Gefährdungen die Beschäftigten im Hinblick auf die Einrichtung und den Betrieb von Arbeitsstätten vom Arbeitgeber zu unterweisen sind, wie etwa Brandschutzmaßnahmen, Erste Hilfe, Fluchtwege sowie Notausgänge.

### **Psychische Belastungen**

§ 3 I 3 ArbStättV regelt nunmehr – über die allgemeine Regelung in § 5 ArbSchG hinausgehend – explizit für Arbeitsstätten, dass der Arbeitgeber bei der Gefährdungsbeurteilung neben den physischen auch die psychischen Belastungen zu berücksichtigen hat. Entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten gemäß den Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung einschließlich des Anhangs nach dem Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene festzulegen. Das betrifft Belastungen der Beschäftigten etwa durch störende Geräusche bis hin zu Lärm, falsche Beleuchtung oder ergonomische Mängel, die in die Gefährdungsbeurteilung mit eingehen.

### **Arbeitsräume mit Tageslicht und Sichtverbindung nach außen**

Gemäß Nr. 3.4 I Anhang ArbStättV darf der Arbeitgeber nur solche Räume als Arbeitsräume einrichten und betreiben, die möglichst ausreichend Tageslicht erhalten und die eine Sichtverbindung nach außen haben. Allerdings lässt der Gesetzgeber hiervon nunmehr explizit geregelte Ausnahmen zu, wie etwa Räume, bei denen bautechnische Gründe entgegenstehen, Räume, in denen sich die Beschäftigten nur kurzzeitig aufhalten müssen oder Räume in Bahnhofs- oder Flughafenhallen und Einkaufszentren. Ferner genießen Räume, die bis zum 03.12.2016 eingerichtet worden sind, Bestandsschutz im Sinne von Nr. 3.4 IV Anhang ArbStättV, so dass sie ohne eine Sichtverbindung nach außen weiter betrieben werden dürfen, bis sie wesentlich erweitert oder umgebaut werden.

### **Fazit**

Die Betriebsräte haben umfassende Informations-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG. Das zwingende Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 7 BetrVG umfasst alle Forderungen der Arbeitsstättenverordnung, über deren konkrete Umsetzung der Arbeitgeber bestimmen kann. Dies gilt auch für die ASR. In Anbetracht dessen sollten die Betriebsräte nicht zuletzt angesichts der geänderten Arbeitsstättenverordnung, die strengere Vorschriften für den Arbeitgeber enthält, den Arbeitgeber auffordern, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der Beschäftigten zu ergreifen und in diesem Zusammenhang unter Umständen auf eine Überprüfung bzw. Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung hinwirken.



**Dr. Alexander Metz, LL.M., Düsseldorf**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)





## **Gestellung von Vereinsmitgliedern – Arbeitnehmerüberlassung**

– BAG, Beschluss vom 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 –

### **Leitsatz**

Eine Überlassung von Arbeitnehmern i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt auch dann vor, wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlässt, damit es bei diesem eine weisungsunabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet und es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist.

### **Sachverhalt**

Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung einer DRK-Schwester. Die Arbeitgeberin betreibt eine stationäre Klinik mit etwa 190 Arbeitnehmern. Mit der DRK-Schwesternschaft Essen e.V. (Schwesternschaft) schloss die Arbeitgeberin im März 2010 einen Gestellungsvertrag. Danach übernimmt es die Schwesternschaft, Angehörige der Pflegenden und pflegenahen Berufe bei der Arbeitgeberin einzusetzen. Dafür zahlt die Arbeitgeberin die Bruttopersonalkosten sowie eine Verwaltungspauschale in Höhe von 3 % dieser Kosten. Gemäß dem Gestellungsvertrag unterliegen die DRK-Schwester bei ihrer Tätigkeit den fachlichen und organisatorischen Weisungen der Arbeitgeberin. Die Schwesternschaft ist gemäß ihrer Satzung „selbstlos tätig und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“. Die Schwesternschaft ist eine Gemeinschaft, die „den Mitgliedern die Ausübung ihres Berufs im charitativen Geist“ unter dem Zeichen des Roten Kreuzes ermöglicht. Die Mitglieder sind satzungsgemäß verpflichtet, der Schwesternschaft ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Gemäß der Satzung üben die Mitglieder ihre Tätigkeit u.a. im Rahmen von Gestellungsverträgen bei anderen Einrichtungen zur Pflege kranker oder hilfsbedürftiger Menschen aus. Nach der Satzung wird hierdurch kein Arbeits- oder Dienstverhältnis zur Schwesternschaft begründet. Vielmehr bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Schwesternschaft und dem einzelnen Mitglied ausschließlich nach deren Satzung und der Mitgliederordnung für die Schwesternschaft des Deutschen Roten Kreuzes e.V. Diese enthalten Regeln u.a. zur Entgeltordnung und Zulagen, die an die der Arbeitgeberin anknüpfen sowie Urlaub, Mutterschutz und Elternzeit oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Die Arbeitgeberin beabsichtigte, zum 01.01.2012 eine DRK-Krankenschwester in ihrem Krankenhausbetrieb einzusetzen. Der bei der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Einstellung. Er begründete dies gemäß § 99 BetrVG Abs. 2 Nr. 1 BetrVG damit, dass es sich um eine verbotene, nämlich dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung handele.



In den Schwesternschaften beim DRK seien derzeit etwa 25.000 Krankenschwestern organisiert, von denen 18.000 nach Angaben ihres Verbandes über spezielle Gestellungsverträge dauerhaft in andere Kliniken und Krankenhäuser in ihren Pflegeberufen eingesetzt würden. Die Schwesternschaften überließen quasi öffentlichen oder privaten Kliniken ihre Vereinsmitglieder. Dies sei erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG.

## **Vorabentscheidung des EuGH – Umsetzung der Leiharbeitnehmerrichtlinie vom 19.11.2008**

Das Arbeitsgericht gab den Anträgen der Arbeitgeberin statt und ersetzte die Zustimmung des Betriebsrats. Die Beschwerde des Betriebsrats blieb erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht legte den Fall dem Europäischen Gerichtshof mit der Frage vor, ob die Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 auf die Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein anderes Unternehmen Anwendung finde, wenn sich das Vereinsmitglied gegenüber dem Verein verpflichtet habe, volle Arbeitskraft auch Dritten zur Verfügung zu stellen, wofür es vom Verein eine monatliche Vergütung erhält. Der EuGH entschied, dass die Leiharbeitnehmerrichtlinie dahin auszulegen sei, dass die durch einen Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, gegen ein Gestellungsentgelt erfolgende Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein entleihendes Unternehmen, damit dieses Mitglied bei diesem Unternehmen hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung Arbeitsleistung erbringe, in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle, sofern dieses Mitglied aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedsstaat geschützt sei. Dies gelte auch dann, wenn das Mitglied nach nationalem Recht kein Arbeitnehmer sei, weil es mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, sofern es in dem betreffenden Mitgliedsstaat aufgrund der Arbeitsleistung die es erbringt, geschützt sei.

## **Die Entscheidung**

Das BAG hat die Zustimmungsersetzungsanträge der Arbeitgeberin unter Verweis auf die Vorabentscheidung des EuGH zurückgewiesen. In Anbindung der Grundsätze sei § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass eine Überlassung von Arbeitnehmern auch dann gegeben ist, wenn ein Verein seine Vereinsmitglieder, die aufgrund ihrer Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt sind, an ein entleihendes Unternehmen überlasse, damit sie bei diesem hauptberuflich eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichten.

Der im AÜG verwendete Arbeitnehmerbegriff stehe dem nicht entgegen.

Der EuGH hatte in seiner Entscheidung ausgeführt, dass Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie jede Person sei, die eine Arbeitsleistung





erbringe, d.h. die während einer bestimmten Zeit nur für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringe, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalte und die aufgrund ihrer Arbeitsleistung bei dem betreffenden Mitgliedsstaat geschützt ist. Dies treffe auf die DRK-Schwester zu.

Entscheidend sei weiterhin, so das BAG, dass die DRK-Krankenschwester während der weisungsabhängigen Verrichtung bei Dritten einen Schutz genieße, der dem eines Arbeitnehmers zumindest in Teilen entspreche oder gleichwertig sei. Dies sei bei den Vereinsmitgliedern der Schwesternschaft mit Blick auf die in der Mitgliederordnung enthaltenen Regelungen zu Vergütung, Zulagen und Zuwendungen sowie den Regelungen über den jährlichen Erholungsurlaub, Mutterschutz- und Elternzeit sowie der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegeben. Schließlich gebe es auch einen Schutz vor grundloser Beendigung ihres Mitgliedschaftsverhältnisses mit der Schwesternschaft; gem. § 8 der Satzung kann ein Mitglied nach einjähriger Einführungszeit nur aus wichtigem Grund aus der Schwesternschaft ausgeschlossen werden. Die Überlassung erfolge auch im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Entleihers. Ausreichend sei es, wenn die Überlassung von Arbeitskräften auf dem Markt angeboten werde. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht komme es nicht an.

Danach kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass der Betriebsrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat. Die dauerhafte Überlassung der DRK-Schwester ist Arbeitnehmerüberlassung und verstößt gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG a.F.

## **Ausblick**

Die Entscheidung belegt erneut, dass bei der Anwendung nationalen Rechts immer auch der Schutzzweck einschlägiger Europäischer Richtlinien zu beachten ist. Die Umgehung eines solchen Schutzgedankens, der u.a. auf der nationalen Definition des Arbeitnehmerbegriffs beruhte, wurde mit dieser Entscheidung eingeschränkt. Allerdings wird im Bundesministerium für Arbeit bereits jetzt nach einer Lösung zum Erhalt des bisherigen Schwesternschaftsmodells gesucht. Das AÜG soll zwar auf die DRK-Schwester Anwendung finden, jedoch nicht die zum 01.04.2017 eingeführte Befristungsregelung zur Begrenzung von Einsätzen auf 18 Monate. Die Ergänzung des DRK-Gesetzes bleibt insoweit abzuwarten. Es wird sich zeigen, ob diese wiederum einer unionsrechtskonformen Auslegung standhalten wird.



**Dario Dell'Anna, Berlin**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Ausschluss aus dem Betriebsrat**

- BAG, Beschluss vom 27.07.2016 - 7 ABR 14/15 -

Die Arbeitgeberin versuchte ein Betriebsratsmitglied gemäß § 23. Abs. 1 BetrVG wegen schwerer Pflichtverletzungen aus dem Betriebsrat ausschließen zu lassen.

Sie wirft ihm vor, vertrauliche Informationen über einen geplanten Verkauf von Gesellschaftsanteilen öffentlich gemacht zu haben. Der Arbeitnehmer hatte auf einer Versammlung der ver.di-Betriebsgruppe über den möglichen Verkauf berichtet. Wenige Tage später stellte er sich auf einer Betriebsversammlung als Kandidat für die wieder anstehende Betriebsratswahl vor und erwähnte dabei ebenfalls den geplanten Anteilsverkauf. Nach Ansicht der Arbeitgeberin habe er dadurch grob seine Geheimhaltungspflichten zum Zwecke der eigenen Wahlwerbung verletzt. Vor der Entscheidung des Arbeitsgerichts fand dann die Wahl des neuen Betriebsrats statt. Der Arbeitnehmer wurde dabei erneut in den Betriebsrat gewählt.

Das Ausschlussverfahren hatte vor dem Bundesarbeitsgericht keinen Erfolg. Eine Pflichtverletzung, die während einer vorangegangenen Amtszeit des Betriebsrats begangen wurde, kann den Ausschluss des Betriebsratsmitglieds aus dem neu gewählten Betriebsrat nicht rechtfertigen, so das BAG. Dies gilt selbst dann, wenn die Pflichtverletzung aus einer vorangegangenen Amtszeit noch Auswirkungen auf die neue Amtszeit haben kann.

Der Betriebsrat besteht nur für die Dauer seiner Amtszeit. Er ist keine Dauereinrichtung. Die Mitgliedschaft ist eng an das jeweilige für die Dauer seiner Amtszeit bestehende Betriebsratsgremium gebunden. Nach Ablauf der Amtszeit ist etwa die Auflösung des Betriebsrats nicht mehr möglich. Ein Auflösungsverfahren kann auch nicht gegen den neuen Betriebsrat fortgeführt werden, weil der neue Betriebsrat selbst bei Personenidentität mit dem alten Betriebsrat nicht identisch ist. Ein Auflösungsantrag kann nur auf Pflichtverletzungen gestützt werden, die der jeweils amtierende Betriebsrat während der laufenden Amtszeit begangen hat. Das gilt auch für den Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds aus dem Betriebsrat.

## **Mitbestimmung bei Mitarbeiterbefragungen**

- LAG Hamburg, Beschluss vom 14.06.2016 - 2 TaBV 2/16 -

In einem Krankenhausbetrieb sollten zum wiederholten Male Mitarbeiterbefragungen durchgeführt werden. Die Fragen sollten dazu dienen, die Zufriedenheit der Mitarbeiter zu ermitteln. Die Fragen sollten in anonymisierter Form ausgewertet werden, einige Fragen hatten Bezug zum Gesundheitsschutz.



So wurde z.B. gefragt:

- Erschwert Ihnen der Geräuschpegel in Ihrem Arbeitsbereich die Arbeit?
- Hat Ihr Arbeitsbereich in der Regel eine ausreichende Frischluftzufuhr?
- Erschwert Ihnen die Temperatur in Ihrem Arbeitsbereich die Arbeit?

Der Betriebsrat machte zu dieser Befragung sein Mitbestimmungsrecht geltend, das Unternehmen lehnte dies ab.

Das LAG Hamburg entschied, dass hier ein Fall von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vorliegt. Der Fragebogen enthalte zahlreiche Fragen, die sich direkt oder indirekt auf gesundheitsrelevante Faktoren an den konkreten Arbeitsplätzen beziehen. Dies gelte insbesondere für die Fragen nach der Lärmbelastung oder der Frischluftzufuhr. Aber auch weitere Fragen zu Arbeitsbelastung, Überstunden, Kommunikation mit Vorgesetzten sowie Kollegen betreffen den Stress am Arbeitsplatz, mithin psychische Belastungsfaktoren, die ebenfalls gesundheitsrelevant sind.

Es sei irrelevant, ob der Arbeitgeber einen Bezug zu einer Gefährdungsbeurteilung sieht oder nicht. Die Fragen jedenfalls haben einen klaren Bezug zum Gesundheitsschutz. Außerdem scheint aus verschiedenen Andeutungen klar zu sein, dass der Arbeitgeber auf der Grundlage der gewonnenen Daten entsprechende Maßnahmen ergreifen wird.

Dem Mitbestimmungsrecht stehe hier auch nicht entgegen, dass einzelne Fragen in dem Fragebogen keinen Gesundheitsbezug haben. Das LAG Hamburg sah sämtliche Fragen des Fragebogens als zusammengehörend, folglich als unauflösbares Gesamtwerk, das zur Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG über den Fragebogen für die Mitarbeiterbefragung in seiner Gesamtheit führe.

### **Formelle Anforderungen an einen Wahlvorschlag**

– LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 09.01.2017 - 3 TaBVGa 3/16 –

In einem Betrieb fand zum ersten Mal eine Betriebsratswahl statt. Eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft reichte im Oktober 2016 beim Wahlvorstand einen mit Kennwort versehenen Wahlvorschlag ein. Dieser umfasste eine Liste von vier Bewerbern einschließlich der schriftlichen Zustimmungserklärungen im Original.

Der Wahlvorstand lehnte den Vorschlag ab, da auf dem Wahlvorschlag die Unterschriften der Gewerkschaftsbeauftragten fehlten. Nach § 14 Abs. 5 BetrVG muss der Wahlvorschlag einer Gewerkschaft von zwei Beauftragten unterschrieben sein.



Noch innerhalb der im Wahlausschreiben festgesetzten Frist reichten die Gewerkschaftsbeauftragten dem Wahlvorstand ein weiteres Schreiben ein. Das Schreiben zur Ergänzung des Wahlvorschlags war mit beiden Unterschriften versehen. Dem Brief waren eine Originalvollmacht und der bereits eingereichte Wahlvorschlag in Kopie beigelegt. Der Wahlvorstand lehnte auch diesen Vorschlag als formell nicht ordnungsgemäß ab.

Die Gewerkschaft beantragte beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein den Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf die Zulassung der Wahlvorschläge. Damit hatte sie vor dem LAG Schleswig-Holstein Erfolg.

Der zunächst eingereichte Wahlvorschlag mit den Zustimmungserklärungen bilde eine einheitliche Urkunde mit den nachgereichten Unterschriften der Gewerkschaftsbeauftragten, so das LAG. Dass sich die Unterschriften auf den bereits eingereichten Wahlvorschlag beziehen, ist dadurch sichergestellt, dass dem Schreiben mit den nachgereichten Unterschriften eine Kopie des Wahlvorschlags beigelegt war. Die Zustimmungserklärungen der Wahlbewerber beziehen sich dagegen nur auf ihre Kandidatur und nicht darauf, welche Gewerkschaftsbeauftragten oder Arbeitnehmer den Wahlvorschlag mit ihrer Unterschrift stützen.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch – Verwirkung – Betriebsratsanhörung**

– BAG, Urteil vom 22.09.2015 - 2 AZR 700/15 –

### **Orientierungssätze**

1. Das Recht des Arbeitnehmers, erstmalig nach Zugang der Kündigung den Sonderkündigungsschutz gemäß den §§ 85 ff SGB IX geltend zu machen, unterliegt der Verwirkung. Als Maßstab für die Rechtzeitigkeit der Geltendmachung ist von der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG auszugehen. Hinzuzurechnen ist die Zeitspanne, innerhalb derer er den Zugang der Mitteilung beim Arbeitgeber zu bewirken hat. Hierbei darf es dem Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen, wenn er – etwa zu Beweis Zwecken – eine schriftliche Information wählt.
2. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat über eine vor Zugang der Kündigung eingetretene Änderung des mitgeteilten Sachverhalts unterrichten und diesem erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnen, wenn die Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG anderenfalls irreführend wäre. Dies kann selbst dann gelten, wenn das Anhörungsverfahren bereits abgeschlossen war.

### **Bedeutung der Entscheidung**

Will der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Mitarbeiter kündigen, so muss er dem Betriebsrat in der Anhörung die Schwerbehinderung mitteilen. Wenn aber der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung hat und der Arbeitnehmer ihn hiervon erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage in Kenntnis setzt, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber den Betriebsrat nochmals zur Kündigung anhören muss und ob der Arbeitnehmer sich im Verfahren überhaupt auf seine Schwerbehinderung berufen kann.

### **Sachverhalt**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit mehrerer Kündigungen. Bei dem klagenden Arbeitnehmer wurde am 27.06.2013 Leukämie diagnostiziert. Eine Anerkennung als schwerbehinderter Mensch erfolgte am 03.09.2013 rückwirkend zum 28.06.2013. Der beklagte Arbeitgeber hatte von der Erkrankung zunächst keine Kenntnis. Im Verlauf des Jahres 2013 verdächtigte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, verschiedene Pflichtverletzungen begangen zu haben. Der Arbeitgeber kündigte dem Mitarbeiter, nachdem er ihm zuvor (vergeblich) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte, nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 13.08.2013 außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Ebenfalls mit Schreiben vom 13.08.2013 hörte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den Pflichtverletzungen an und forderte ihn auf, bis zum 03.09.2013 Stellung zu nehmen. Der Arbeitnehmer teilte mit Schreiben vom 29.08.2013, das dem



Arbeitgeber spätestens am 06.09.2013 zuzuging, mit, dass er aufgrund einer ernsthaften Erkrankung nicht in der Lage sei, sich mit den Vorgängen zu befassen und dass er einen Antrag auf Feststellung der Behinderung nach § 69 SGB IX gestellt habe.

Der Arbeitgeber hörte daraufhin den Betriebsrat mit Schreiben vom 09.09.2013 zu einer weiteren außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung an. Darin führte er unter anderem aus, der Kläger habe von der Möglichkeit, den gegen ihn bestehenden Verdacht auszuräumen, keinen Gebrauch gemacht, wodurch er sich in seiner „Auffassung bestätigt“ sehe, „daß er dieses Fehlverhalten begangen“ habe, jedenfalls habe sich der dahingehende Verdacht bestätigt. Er habe Zweifel „am Wahrheitsgehalt der Aussage (des Arbeitnehmers) zur Krankheit und zur Behinderung“. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist am 03.09.2013 wisse der Arbeitgeber, „dass [er] dem Verdacht nichts entgegensetzen kann oder will“.

Nachdem der Arbeitgeber den Feststellungsbescheid über die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers erhalten hatte, beantragte er am 11.09.2013 beim Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung und hörte mit Schreiben vom 16.09.2013 unter Beifügung des Anhörungsschreibens vom 09.09.2013 erneut den Betriebsrat an. Der Betriebsrat antwortete nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts am 19.09.2013. Ebenfalls am 19.09.2013 erlangte der Arbeitgeber bei einer mündlichen Anhörung beim Integrationsamt Kenntnis von der Art und Schwere der Erkrankung des Klägers. Dieser übergab hierbei eine 26-seitige Stellungnahme zu den erhobenen Vorwürfen. Nachdem das Integrationsamt die beantragten Zustimmungen erteilt hatte, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.09.2013 erneut außerordentlich und mit Schreiben vom 28.10.2013 hilfsweise ordentlich.

Gegen sämtliche Kündigungen hat sich der Kläger gewehrt. Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte daraufhin die Kündigungen vom 13.08.2013 und vom 26.09.2013 als rechtsunwirksam, die Kündigung vom 28.10.2013 hingegen als wirksam angesehen. Das LAG Stuttgart hat der Klage in Bezug auf alle Kündigungen stattgegeben. Hiergegen legte der Arbeitgeber Revision ein.

### **Entscheidung des BAG**

Das BAG erachtet alle Kündigungen für unwirksam. Die außerordentliche und die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 13.08.2013 sind gem. § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB nichtig.

Der Kläger ist – rückwirkend – zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen als





schwerbehinderter Mensch anerkannt. Damit bedürfen die Kündigungen jeweils der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Diese lag bei deren Zugang nicht vor. Die Kündigungen verstoßen damit gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB. Weil der Kläger mehr als drei Wochen vor Zugang der Kündigung den Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch gestellt hat (§ 90 Abs. 2a iVm. § 69 Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX), ist der Sonderkündigungsschutz auch nicht ausgeschlossen.

Der Arbeitnehmer hat den Sonderkündigungsschutz auch nicht nach § 242 BGB verwirkt. Mit der Verwirkung wird ausgeschlossen, Rechte illoyal verspätet geltend zu machen. Sie dient dem Vertrauensschutz. Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten – hier des Arbeitgebers – das Interesse des Berechtigten – hier des Arbeitnehmers – derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. Dies ist mit Blick auf den Sonderkündigungsschutz eines Arbeitnehmers nach §§ 85 ff. SGB IX dann der Fall, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers keine Kenntnis hat und der Arbeitnehmer sich nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft beruft. Als Maßstab für die Rechtzeitigkeit ist von der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG auszugehen. Dieser Zeitraum steht dem Arbeitnehmer nach Ansicht des BAG grundsätzlich auch für die Entscheidung zur Verfügung, ob er sich auf eine dem Arbeitgeber noch nicht bekannte Schwerbehinderteneigenschaft berufen möchte. Nach Auffassung des BAG ist aber auch die Zeitspanne hinzuzurechnen, innerhalb derer der Arbeitnehmer den Zugang der Mitteilung über den bestehenden Sonderkündigungsschutz beim Arbeitgeber zu bewirken hat. Hierbei darf es dem Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen, wenn er – etwa zu Beweis Zwecken – eine schriftliche Information wählt. Da vorliegend der Arbeitgeber die Mitteilung des Arbeitnehmers über seine Antragstellung am 06.09.2013, also bereits am 22. Tag nach dem Zugang der Kündigung vom 13.08.2013 und damit nur einen Tag nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erhalten hat, erachtet das BAG die Geltendmachung als rechtzeitig. Welche Zeitspanne grundsätzlich noch als angemessen anzusehen ist, um den Zugang der Information über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des besonderen Kündigungsschutzes nach § 85 SGB IX beim Arbeitgeber zu bewirken, hat das BAG allerdings offen gelassen.

Die fristlose Kündigung vom 26.09.2013 und die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 28.10.2013 sind wegen nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Im Rahmen der Anhörung muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Tut er das nicht, ist der Arbeitgeber seiner



Unterrichtungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen und die Kündigung ist unwirksam.

Vorliegend hat der beklagte Arbeitgeber den Umstand, dass der Arbeitnehmer keine Stellungnahme abgegeben hat, zu seinen Lasten gewertet und an seiner Kündigungsabsicht auch deshalb festgehalten, weil er Zweifel daran hatte, dass der Arbeitnehmer tatsächlich erkrankt sei. Nachdem aber der Arbeitgeber anlässlich des Termins vor dem Integrationsamt und damit noch vor Zugang der Kündigung Kenntnis davon erlangt hat, dass der Arbeitnehmer tatsächlich schwer erkrankt ist und er seine ausführliche schriftliche Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen erhalten hat, hätte der Arbeitgeber den Betriebsrat auf diese veränderte Sachlage hinweisen und seine Anhörung ergänzen müssen, so das BAG. Für seine bisher negative Bewertung der unterbliebenen Reaktion des Arbeitnehmers ist, nachdem kein Zweifel mehr an der Erkrankung besteht und eine Stellungnahme des Arbeitnehmers vorliegt, die tatsächliche Grundlage entfallen. Damit liegt eine wesentliche Änderung des von dem Arbeitgeber selbst bisher als für seinen Kündigungsentschluss maßgeblich dargestellten Sachverhalts vor. Vor diesem Hintergrund hätte der Arbeitgeber dem Betriebsrat erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnen müssen. Diese Möglichkeit gilt, so das BAG, selbst dann, wenn das Anhörungsverfahren durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats bereits abgeschlossen gewesen wäre.

### **Praxisrelevanz**

Mit seiner Entscheidung hat das BAG die Frist, innerhalb derer sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen kann, festgelegt. Dies ist grundsätzlich die Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG, wobei der Zugang der Mitteilung beim Arbeitgeber nicht innerhalb dieses Zeitraums liegen muss. Das BAG hat sich aber nicht dazu geäußert, welche Zeitspanne für den Zugang als (noch) angemessen anzusehen ist. Um den Sonderkündigungsschutz nicht zu verlieren ist aber jedem schwerbehinderten Arbeitnehmer dringend anzuraten, die Drei-Wochen-Frist ab Erhalt der Kündigung einzuhalten und die Mitteilung an den Arbeitgeber nicht erst und nicht ausschließlich in der bei Gericht eingereichten Klageschrift zu machen.

Da seit dem 30.12.2016 der Arbeitgeber bei Kündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen hat und eine Kündigung, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung ausspricht, unwirksam ist (§ 95 Abs. 2 Satz 3 n.F. SGB IX), wird die rechtzeitige Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft an Relevanz gewinnen. (Siehe auch unseren Hinweis auf Seite 21)

In Bezug auf die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung macht es die



Entscheidung des BAG den Arbeitgebern schwerer, abzuschätzen, wann sie bei neuen Informationen eine lediglich ergänzende und wann eine erneute Betriebsratsanhörung durchführen müssen. Weil es Zweck der Anhörung ist, dem Betriebsrat ggf. eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers (Kündigungsentschluss) zu ermöglichen, sollte ein gekündigter Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren immer dann, wenn sich die Umstände geändert haben, vorsorglich die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung bestreiten und insbesondere prüfen, ob die neuen Umstände auch als für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgeblich angesehen werden können. Dieses gilt nach der Entscheidung selbst dann, wenn bereits eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats erfolgt ist.



**Ariane Mandalka, Frankfurt**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Sachgrundlose Befristung – Anschlussverbot gem. § 14 Abs. 2 TzBfG**

– LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.10.2016 - 3 Sa 34/16 –

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat entschieden, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht wegen sachgrundloser Befristung beendet worden war, weil das Anschlussverbot in § 14 Abs. 2 TzBfG zeitlich uneingeschränkt gilt.

Das Bundesarbeitsgericht hat bis zu seinen beiden Entscheidungen vom 06.04.2011 (Az. 7 AZR 716/09) und 21.09.2011 (Az. 7 AZR 375/10) die Auffassung vertreten, das nach § 14 Abs. 2 TzBfG geltende Verbot der Vorbeschäftigung im Rahmen der sachgrundlosen Befristung sei zeitlich unbeschränkt. Erst mit seinen beiden Entscheidungen aus dem Jahre 2011 hat das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung überraschend aufgegeben. Danach ist eine sachgrundlose Befristung möglich, wenn zwischen der Vorbeschäftigung und dem neuen sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis eine Unterbrechung von drei Jahren liegt.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat nun entschieden, dass es dieser geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht folgt. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist das Verbot der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 TzBfG weiterhin als zeitlich unbegrenzt zu verstehen. Dies ergibt sich nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. **„Bereits zuvor“** ist danach eindeutig zu verstehen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dazu entschieden keine andere Formulierung zu wählen, wonach eine „Zuvor-Beschäftigung“ nur dann vorliegt, wenn diese im zeitlichen Zusammenhang mit dem neuen befristeten Arbeitsverhältnis besteht. Weil auch nach Unionsrecht ein generelles Verbot der sachgrundlosen Befristung möglich ist, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber sich dazu entscheidet, die sachgrundlose Befristung nur als einmalige Möglichkeit vorzusehen. Das Landesarbeitsgericht hat dabei für seine Entscheidung insbesondere auch den Umstand berücksichtigt, dass während des Gesetzgebungsverfahrens der Vorschlag nach einer zweijährigen Sperrzeit diskutiert, aber nicht in die Beschlussempfehlung aufgenommen wurde.

Weil auch das Bundesarbeitsgericht bis zu seinen Entscheidungen von 2011 das Anschlussverbot als zeitlich unbeschränkt verstanden hat und seine Gesetzesänderung völlig überraschend erfolgte und deutliche Kritik im Schrifttum zur Folge hatte, durfte die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall auch nicht auf die Wirksamkeit der Befristung vertrauen.

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist nicht rechtskräftig; die Revision der Arbeitgeberin ist unter dem Az. 7 AZR 796/16 anhängig.



## **Massenentlassungsschutz und Benachteiligung von Personen in Elternzeit**

– BAG, Urteil vom 26.01.2017 - 6 AZR 442/16 –

Die Klägerin war bei der Beklagten beschäftigt und befand sich zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung in Elternzeit. Im Rahmen einer Massenentlassung erhielt die Klägerin ihre Kündigung (anders als die Kollegen) nicht innerhalb des Zeitraums von 30 Kalendertagen. Im Falle der Kollegen erwiesen sich die Kündigungen als unwirksam, weil das Konsultationsverfahren beim Betriebsrat nach § 17 KSchG nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden war. Weil die Klägerin ihre Kündigung aber außerhalb des (für die Massenentlassung) maßgeblichen Zeitraums von 30 Tagen erhalten hatte, entschied das Bundesarbeitsgericht zunächst, dass ihre Kündigung nicht unter die Regelungen zur Massenentlassung falle und daher unwirksam sei.

Dieses Urteil hat das Bundesverfassungsgericht aufgehoben. Das Bundesverfassungsgericht hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei in ihren Grundrechten aus Art. 3 iVm. Art. 6 GG verletzt worden. Der Klägerin durfte der Schutz vor Massenentlassungen nicht verwehrt werden, nur weil das Abwarten der (wegen der Elternzeit) erforderlichen Zustimmung der Behörde zur Folge hatte, dass ihr die Kündigung erst nach Ablauf des 30-Tage-Zeitraums erteilt wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der Massenentlassung dahingehend erweitert, dass es für die Wahrung des 30-Tages-Zeitraums genügt, wenn die Antragstellung bei der Behörde innerhalb dieses Zeitraums erfolgt.

Das Bundesarbeitsgericht hatte daher über die Kündigung der Klägerin neu zu entscheiden und war dabei an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gebunden. Die Kündigung der Klägerin unterfiel daher auch den Regelungen zur Massenentlassung und war somit unwirksam, weil das Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG beim Betriebsrat nicht ordnungsgemäß erfolgt war. Für Arbeitnehmer, deren Kündigung nur mit Zustimmung einer Behörde erfolgen dürfe, ist daher zukünftig auch darauf abzustellen, wann der Arbeitgeber den Antrag bei der zuständigen Behörde stellt.

## **Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit – Vertragsgestaltung**

– BAG, Urteil vom 23.03.2017 - 6 AZR 705/15 –

Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis bei vereinbarter Probezeit gem. § 622 Abs. 3 mit einer Frist von zwei Wochen kündigen. Das Bundesarbeitsgericht hat nun aber entschieden, dass dies nicht gilt, wenn der Arbeitgeber in einem vorformulierten Arbeitsvertrag in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist festlegt, ohne deutlich zu machen, dass diese verlängerte Frist nicht für die Probezeit gilt. Ist die Regelung nicht eindeutig, so gilt auch schon in der Probezeit die längere Kündigungsfrist. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber



(wie hier) lediglich pauschal bestimmt, dass auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag Anwendung findet, in dem dann wiederum für die Probezeit eine besondere Kündigungsfrist festgelegt ist. In einer anderen Klausel war außerdem die Probezeit für die ersten sechs Monate vereinbart. Enthält der Arbeitsvertrag dann eine weitere Klausel, wonach die Kündigungsfrist sechs Wochen beträgt, ist eine solche Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung und nach dem Verständnis eines nicht rechtsunkundigen, durchschnittlichen Vertragspartners auszulegen.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass ein durchschnittlicher Arbeitnehmer, also der Kläger, vorliegend auf die ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelte Frist vertrauen durfte. Der Kläger musste nicht davon ausgehen, dass der bloße Verweis auf den Manteltarifvertrag oder die Probezeitregelung etwas anderes bedeuten sollte.

## **Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Bewilligung einer Erwerbsminderungsrente**

– BAG, Urteil vom 27.07.2016 - 7 AZR 276/14 –

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass eine tarifvertragliche Regelung (hier § 33 Abs. 2 TV-L), wonach die Bewilligung einer vollen Erwerbsminderungsrente die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge hat, dann nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, wenn die vertraglich geschuldete Arbeitszeit unter drei Stunden pro Tag liegt, der Arbeitnehmer diese Arbeitsleistung erbringen kann und er die Weiterbeschäftigung vom Arbeitgeber form- und fristgerecht verlangt hat.

Für die Klägerin war eine volle Erwerbsminderungsrente bewilligt worden. Die mit ihrem Arbeitgeber vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit betrug zuletzt zwei Wochenstunden.

Das Bundesarbeitsgericht vertrat die Auffassung, dass die in § 33 Abs. 2 TV-L geregelte auflösende Bedingung nur dann greifen könne, wenn die Klägerin nach dem festgestellten Leistungsvermögen auch für die vertraglich geschuldete Arbeitszeit von zwei Wochenstunden nicht mehr beschäftigt werden kann. Zwar ist die tarifliche Regelung über die auflösende Bedingung für den Fall einer vollen Erwerbsminderungsrente grundsätzlich nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG möglich. Beträgt die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit aber schon weniger als drei Stunden täglich, dann muss wegen Art. 12 Abs. 1 GG berücksichtigt werden, ob die Arbeitnehmerin trotz Bewilligung der vollen Erwerbsminderungsrente in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen. Die Arbeitnehmerin ist lediglich verpflichtet, bestehende Form- und Fristvorschriften für die Geltendmachung ihres Anspruchs auf Weiterbeschäftigung einzuhalten.





## HINWEISE

### **Kündigungsschutz – Schwerbehinderte**

Am 30.12.2016 ist das neue Bundesteilhabegesetz in Kraft getreten. Wie auch schon zuvor, ist der Arbeitgeber nach § 95 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung die Schwerbehindertenvertretung anzuhören. Nach § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX n.F. führt ein Verstoß gegen diese Anhörungspflicht zukünftig zur Unwirksamkeit der Kündigung. Zukünftig muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung (genau wie nach § 102 BetrVG den Betriebsrat) vor Ausspruch der Kündigung eines Schwerbehinderten **umfassend und vollständig zur Kündigung anhören**.

### **Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zu § 150 Abs. 1 SGB III**

Die Bundesagentur für Arbeit hat ihre Geschäftsanweisungen zum Stand 07/2016 dahingehend geändert, dass nach Ziffer 150.1.2. die Agenturen für Arbeit angewiesen sind, Entgeltabrechnungszeiträume für Zeiten einer unwiderruflichen Freistellung, bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums nicht mehr zu berücksichtigen. Da aber nach § 149 SGB III für die Höhe des Arbeitslosengeldes I das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt maßgeblich ist, kann dies zu erheblichen Konsequenzen für die Höhe des Arbeitslosengeldes I führen. Grundsätzlich beträgt der Bemessungsrahmen ein Jahr und endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs. Dieser Bemessungsrahmen kann auf zwei Jahre erweitert werden. Ist auch innerhalb dieses zweijährigen Zeitraums kein Arbeitsentgelt von mindestens 150 Tagen festzustellen, wird für das Arbeitslosengeld nach § 152 Abs. 2 SGB III ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt. Dieses fiktive Arbeitsentgelt wird nach vier Qualifikationsstufen berechnet und orientiert sich **nicht** nach dem vorherigen, tatsächlichen Arbeitsentgelt. In der Praxis dürfte dies zur Folge haben, dass das fiktive Arbeitsentgelt oftmals niedriger ausfällt. Relevant wird dies für Konstellationen in denen längere Kündigungsfristen mit unwiderruflicher Freistellung vereinbart werden. Auch wenn die Geschäftsanweisung wohl unzulässig sein dürfte, weil sie im Widerspruch zu den bisherigen Entscheidungen des Bundessozialgerichts steht, sollte die Geschäftsanweisung der Bundesagentur vorerst beachtet werden.

◀ *zur Inhaltsübersicht*

## Kanzleigespräch 2017 in Berlin

Das Kanzleigespräch findet am Donnerstag, den **21. September 2017**, von 10:00 Uhr bis ca. 16:00 Uhr im Magnus-Haus der Deutschen Physikalischen Gesellschaft e.V., Am Kupfergraben 7, 10117 Berlin, statt.

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

09:45 Uhr      Öffnung des Tagungsgebäudes

10:15 Uhr      Begrüßung und Beginn der Veranstaltung

10:30 Uhr      **Aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung für die Betriebsratsarbeit**

Referent:      Dr. Lars Weinbrenner,  
Partner, schwegler rechtsanwälte

12:30 Uhr      Mittagsimbiss

13:30 Uhr      **Arbeitswelt 4.0 – Arbeitszeitmodelle und deren Gestaltung in der digitalisierten Arbeitswelt – Herausforderungen für Betriebsräte**

Referent:      Arno Tautphäus,  
Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Thüringen  
(a.D.)

15:30 Uhr      „Auf ein Glas, auf ein Wort“

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.

**Anmeldungen** erbitten wir bis **spätestens 04. September 2017**, entweder **per Post, Fax oder E-Mail** an unsere **Berliner Kanzleiadresse** (Unter den Linden 12, 10117 Berlin, Fax: 030/440137-12, E-Mail: berlin@schwegler-rae.de).

Bei Rückfragen steht Euch/Ihnen unser Berliner Büro gern zur Verfügung.



**Anmeldeformular:**

schwegler rechtsanwälte  
Unter den Linden 12  
10117 Berlin

Fax: 030/440137-12  
E-Mail: berlin@schwegler-rae.de

An der Tagung Ihrer Kanzlei am **21. September 2017 in Berlin** nehme ich teil.

**Name:** .....

**Unternehmen:** .....

**Firmenanschrift:** .....

.....

**Telefon/Telefax:** .....

**E-Mail:** .....

**Datum:** .....

**Unterschrift:** .....

## Kanzleigespräch 2017 in Frankfurt am Main

Das Kanzleigespräch findet am Donnerstag, den **09. November 2017**, von 9:30 Uhr bis ca. 17:00 Uhr in der Frankenallee 111, 60326 Frankfurt am Main (im „Saalbau Gallus“, nur eine S-Bahnstation vom Hauptbahnhof entfernt) statt.

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

09:30 Uhr Öffnung des Tagungsgebäudes

10:00 Uhr Begrüßung und Beginn der Veranstaltung

10:15 Uhr **Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)**

Grundstrukturen der Arbeitnehmerüberlassung, Abgrenzung zum Werkvertrag, wesentliche gesetzliche Neuregelungen, erste Praxiserfahrungen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

Referent: Jürgen Ulber, Jurist beim Vorstand der IG-Metall und Autor des „AÜG – Kommentar für die Praxis“

12:15 Uhr Mittagsimbiss

13:30 Uhr **Aktuelle Rechtsprechung im Betriebsverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats**

Referentin: Dr. Silke Kohlschitter, Richterin am ArbG Frankfurt/Main

15:30 Uhr „Auf ein Glas, auf ein Wort“

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.

**Leider sind unsere Platzkapazitäten begrenzt. Da die Höchstteilnehmerzahl von 250 Teilnehmern in den letzten Jahren regelmäßig ausgeschöpft wurde, bitten wir daher bei Ihrer/Eurer Anmeldung folgendes zu beachten:** Bei einer Betriebsratsgröße von bis zu 9 Mitgliedern können wir grundsätzlich nur eine **Teilnahme von bis zu 3 Personen** und bei einer Betriebsratsgröße ab 10 Mitgliedern nur eine **Teilnahme von bis zu 4 Personen** berücksichtigen. Sollten noch Plätze frei sein, werden wir selbstverständlich nachbesetzen.

**Anmeldungen** erbitten wir bis **spätestens Freitag, den 06. Oktober 2017**, entweder **per Post, Fax oder E-Mail** an unsere **Frankfurter Kanzleiadresse** (Schillerstraße 28, 60313 Frankfurt, Fax: 069/216599-18, E-Mail: frankfurt@schwegler-rae.de).

Bei Rückfragen steht Euch/Ihnen unsere Mitarbeiterin, **Frau Michaela Winkler**, gerne zur Verfügung.



**Anmeldeformular:**

schwegler rechtsanwälte  
Schillerstraße 28  
60313 Frankfurt am Main

Fax: 069/216599-18  
E-Mail: frankfurt@schwegler-rae.de

An der Tagung Ihrer Kanzlei am **09. November 2017 in Frankfurt am Main** nehme ich teil.

**Name:** .....

**Unternehmen:** .....

**Firmenanschrift:** .....

.....

**Telefon/Telefax:** .....

**E-Mail:** .....

**Datum:** .....

**Unterschrift:** .....



## **Peter Berg**

Die Zukunft der Tarifautonomie. Das Tarif- und Arbeitskampfrecht als Gegenstand der Rechtspolitik und der Forschungsaktivitäten des WSI  
in: Schulten/Dribbusch/Bäcker/Klenner (Hrsg.), Tarifpolitik als Gesellschaftspolitik, Strategische Herausforderungen im 21. Jahrhundert. Beiträge zu Ehren von Reinhard Bispinck, 2017, S. 59 ff.

Betriebsratswahl 2018. Normales Wahlverfahren und vereinfachtes Wahlverfahren. (Wahlsoftware und Handlungsanleitung)  
Peter Berg/Micha Heilmann, Bund-Verlag, 8. Auflage 2017

Tarifvertragsgesetz. Basiskommentar zum TVG  
Berg/Dierßen/Heilmann/Kocher/Schumann/Wankel, Bund-Verlag, 1. Auflage 2017

Bundespersönalvertretungsgesetz. Basiskommentar mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften für Gerichte, Bahn, Post, Bundeswehr und NATO (Kommentierung §§ 2, 3, vor 66, 66, 67, 69-74, 75 Abs. 3-5)  
Altvater/Baden/Berg/Kröll/Noll/Seulen, Bund-Verlag, 8. Auflage 2017

## **Dr. Sascha Lerch**

LAG Nürnberg: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einrichtung eines online einsehbaren Gruppenkalenders  
in: Zeitschrift ArbR Aktuell 2017, S. 231

## **Ariane Mandalka**

BAG: Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses  
in: Zeitschrift ArbR Aktuell, 201, S. 278

## **Dr. Lars Weinbrenner**

BVerwG: Mitbestimmung bei Bestätigung einer Eingruppierung  
in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2017, S. 129





**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\*  
Dr. Michael Schwegler\*  
Michael Schoden  
Dr. Johannes Vöcking

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

**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\*  
Heike Merzhäuser\*  
Dr. Sascha Lerch\*  
Dr. Lars Weinbrenner\*  
Sebastian Kolb  
Karsten Sparchholz

Johan Fischer  
Hans-Otto Umlandt  
Dario Dell'Anna  
Patrick Kessler  
Katharina Portnjagin  
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: 0221/35557-29  
[koeln@schwegler-rae.de](mailto:koeln@schwegler-rae.de)

Dieter Lenz\*  
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\*  
Ralf Trümner\*  
Jürgen Oehlmann  
Anna-Lena Trümner

**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.