



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

ebenso praxisrelevant wie umstritten ist die Frage, ob der Betriebsratsvorsitzende eine Betriebsvereinbarung ohne vorherigen Betriebsratsbeschluss wirksam abschließen kann und wenn nicht, ob dem Betriebsrat das Handeln seines Vorsitzenden dennoch zuzurechnen ist. Eine aktuelle Entscheidung des LAG Düsseldorf gibt Anlass, sich in der Rubrik „**Ein-Blick**“ mit der Thematik zu befassen und die hierzu vertretenen Rechtsansichten inklusive deren Rechtsfolgen darzustellen.

Gleich zwei Gerichte hatten sich mit einem Antrag des Betriebsrats auf Einsetzung einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung“ auseinanderzusetzen. Beide Gerichte haben – in Abweichung von der BAG-Rechtsprechung – ein Initiativrecht des Betriebsrats bei der Einführung elektronischer Zeiterfassungssysteme und damit die Zuständigkeit der Einigungsstelle bejaht. Eine ausführliche Besprechung der Entscheidung des LAG München sowie eine Kurzbesprechung der Entscheidung des LAG Hamm findet sich in der Rubrik „**Betriebsräte**“.

Unter der Rubrik „**Arbeitnehmer**“ stellen wir Urteil des LAG Berlin vor, in welchem es um die Frage ging, ob einem Arbeitnehmer wegen seiner Weigerung, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen, gekündigt werden kann.

Neben den oben genannten Entscheidungen haben wir wie immer auch weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen in Kurzform aufbereitet.

Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre des Newsletters, bedanken uns für die erfolgreiche Zusammenarbeit und wünschen Euch/Ihnen – trotz der pandemiebedingten Schwierigkeiten – eine schöne Adventszeit, ein geruhames Weihnachtsfest und ein und glückliches und vor allem gesundes Jahr 2022.

**Eure/Ihre
schwegler rechtsanwälte**



Ein-Blick	Betriebsvereinbarung ohne Beschluss des Betriebsrats?	3
Betriebsräte:	Keine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle für Regelungen zur Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung	6
Betriebsräte:	Kurzüberblick über Entscheidungen <ul style="list-style-type: none">- Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Zeiterfassung- Einreichungsfrist für Wahlvorschlägen für die Betriebsratswahl- Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 2 BetrVG	10
Arbeitnehmer:	Ablehnung der Maskenpflicht kann Kündigung eines Lehrers rechtfertigen	13
Arbeitnehmer:	Kurzüberblick über Entscheidungen <ul style="list-style-type: none">- Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit- Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung- Arbeitszeugnis: Beurteilung in Tabellenform mit „Schulnoten“ unzulässig- Arbeitsvertragliche Befristung in elektronischer Form wirksam?	15
	Veröffentlichungen	17
	Impressum	19



Betriebsvereinbarung ohne Beschluss des Betriebsrats?

I. Einleitung

Eine Hauptaufgabe des Betriebsrats besteht in dem Abschluss von Betriebsvereinbarungen mit dem Arbeitgeber. Umso wichtiger ist es, dass diese rechtssicher abgeschlossen werden. Wie gestaltet sich allerdings die Rechtslage, wenn ein Betriebsratsvorsitzender eine Betriebsvereinbarung ohne vorangegangenen Betriebsratsbeschluss unterschreibt? Ist die Betriebsvereinbarung dann trotz Unterschrift unwirksam? Mit dieser für die Praxis hoch relevanten Frage befasst sich der folgende Beitrag.

II. Grundsätzliche Regelung im BetrVG

Gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG vertritt der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat lediglich im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse. Er ist folglich nicht Vertreter des Betriebsrats im Willen, sondern lediglich Vertreter in der Erklärung. Aus diesem Grund sind Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden, die nicht von einem Betriebsratsbeschluss gedeckt sind, grundsätzlich schwebend unwirksam und entfalten keine Rechtswirkungen. Bei vom Betriebsratsvorsitzenden abgegebenen Erklärungen wird überdies widerlegbar vermutet, dass diese mit den Bestimmungen des Betriebsrats übereinstimmen. Aus diesem Grund ist der Arbeitgeber berechtigt – jedoch nicht verpflichtet – den Nachweis zu verlangen, dass die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden von den Beschlüssen des Betriebsrats gedeckt sind.

III. Ausnahme: Rechtsscheinhaftung? – Gerichtliche Entscheidungen

Von dem unter Punkt II. dargestellten Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen mit weitreichenden Folgen.

So hat die 11. Kammer des LAG Düsseldorf (im Folgenden lediglich: 11. Kammer) nunmehr entschieden, dass eine Betriebsvereinbarung in bestimmten Fällen auch wirksam sein kann, wenn der Betriebsratsvorsitzende die Betriebsvereinbarung unterschreibt, ohne über einen Betriebsratsbeschluss zu verfügen (LAG Düsseldorf, Urteil v. 15.04.2021 – 11 Sa 490/20).

Im von der 11. Kammer zu entscheidenden Fall hatte ein Arbeitnehmer rückständigen Lohn geltend gemacht, da er die Auffassung vertrat, er sei nach den Grundsätzen einer Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1966 – in der Version von 1989 – einzugruppieren und entsprechend höher zu vergüten. Der Arbeitgeber wies den Anspruch des Arbeitnehmers zurück. Die im Jahr 2017 abgeschlossene Betriebsvereinbarung „Entlohnung/Grundsätze“ habe die bisherige Betriebsvereinbarung entsprechend abgelöst. Gemäß deren Vorgaben sei der Arbeitnehmer korrekt eingruppiert. Nach Ansicht des Arbeitnehmers war die



Betriebsvereinbarung unwirksam, da der Betriebsratsvorsitzende diese ohne vorangegangenen Betriebsratsbeschluss abgeschlossen hatte. Bei Abschluss der Betriebsvereinbarung „Entlohnung/Grundsätze“ war nur ein weiteres Betriebsratsmitglied anwesend. Die übrigen Betriebsratsmitglieder haben nach Ansicht der 11. Kammer allerdings ebenfalls von der Vereinbarung gewusst.

Zur Begründung der Entscheidung führt die 11. Kammer aus, dass zwar keine wirksame Beschlussfassung vorliege, bezogen auf die Betriebsvereinbarung „Entlohnung/Grundsätze“ jedoch die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinhaftung vorliegen. Dies bedeutet, dass sich der Betriebsrat das Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden und folglich den Abschluss der Betriebsvereinbarung zurechnen lassen muss. Der Betriebsratsvorsitzende handelte zum einen mit Anscheinsvollmacht, da die übrigen Betriebsratsmitglieder von der Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung wussten und der Arbeitgeber gutgläubig von einer wirksamen Beschlussfassung ausging. Zum anderen haftet der Betriebsrat, weil er den Arbeitgeber trotz Kenntnis aller Betriebsratsmitglieder vom Fehlen der ordnungsgemäßen Beschlussfassung hierauf nicht hingewiesen hat.

Die Entscheidung der 11. Kammer steht in Widerspruch zu einer früheren Entscheidung der 10. Kammer des LAG Düsseldorf (im Folgenden lediglich: 10. Kammer). Die 10. Kammer hat entschieden, eine Rechtsscheinhaftung könne nicht die rechtliche Konsequenz haben, dass eine Betriebsvereinbarung wirksam zustande komme. Diese Auffassung hat sie mit dem Grundverständnis der normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen begründet. Dieses Grundverständnis stehe einer Wirkung „kraft Rechtsschein“ entgegen (LAG Düsseldorf, Urteil v. 27.04.2018 – 10 TaBV 64/17). Laut der 11. Kammer sei dies jedoch nicht mit dem Sinn und dem Zweck des Instituts der Rechtsscheinhaftung vereinbar und führe zur Rechtsunsicherheit, anstatt Rechtssicherheit zu schaffen. Bei der Rechtsscheinhaftung handelt es sich um einen Fall der Vertrauenshaftung. Der Vertrauensschutz würde in sein Gegenteil verkehrt, da sowohl für den Arbeitgeber als auch für die von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer fraglich bliebe, ob die zwischen den Betriebsparteien getroffenen Regelungen wirksam sind.

IV. Anmerkung

Die Auffassung der 10. Kammer ist vorzugswürdiger, da eine Betriebsvereinbarung eher die Arbeitnehmer als den Betriebsrat als Vertragspartei betrifft. Ebenso überzeugt die Begründung der 11. Kammer hinsichtlich der Rechtsscheinhaftung – speziell der Anscheinsvollmacht – nicht. Anders als in typischen Fällen der Anscheinsvollmacht treffen die Rechtsfolgen der Bindung nicht primär den Vertretenen, also den Betriebsrat, sondern die Arbeitnehmer des Betriebs.

Betriebsvereinbarungen betreffen primär die Arbeitnehmer des Betriebs und können – wie im vorliegenden Fall – auch zu einer finanziellen Belastung führen. Gegen das Urteil der 11. Kammer des LAG Düsseldorf ist Revision eingelegt worden (BAG – 1 AZR 233/21). Insofern wird diese Frage eventuell höchstrichterlich geklärt. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG sich in diesem Fall der Auffassung der 11. Kammer des LAG Düsseldorf anschließt.

V. Praxishinweise

Die in diesem Beitrag thematisierte Problematik zeigt, welche Verantwortung dem Betriebsrat und vor allem dem Betriebsratsvorsitzenden bei dem Abschluss von Betriebsvereinbarungen – insbesondere in Vergütungsfragen – zukommt. Angesichts der noch nicht abschließend geklärten Rechtslage führt nur eine enge Abstimmung zwischen Betriebsrat und Betriebsratsvorsitzenden und eine wirksame Beschlussfassung, die mit der späteren Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden übereinstimmt, zu einer rechtssicheren Betriebsvereinbarung.

Sofern der Betriebsratsvorsitzende eigenmächtig, d.h. ohne wirksamen Betriebsratsbeschluss oder sogar ohne Kenntnis der übrigen Betriebsratsmitglieder handelt, sollte der Betriebsrat den Arbeitgeber hierüber zur Vermeidung einer Rechtsscheinhaftung, die zu einer ungewollten Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung führen kann, zeitnah informieren.

Schlussendlich sollte der Betriebsrat auch immer prüfen, ob eine nachträgliche Genehmigung der Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden gem. § 177 BGB zu einer Betriebsvereinbarung durch einen späteren Beschluss des Betriebsrats möglich und für die vertretenen Arbeitnehmer von Vorteil ist. Die nachträgliche Genehmigung bietet sich in den Fällen an, in denen der Betriebsrat zwar die Wirksamkeit der abgeschlossenen Betriebsvereinbarung wünscht, aber keine wirksame Beschlussfassung vorliegt.  *zur Inhaltsübersicht*



Stefan Dieker, Düsseldorf



Keine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle für Regelungen zur Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung

- LAG München, Beschluss vom 10.08.2021 – 3 TaBV 31/21 –

Das LAG München hat bestätigt, dass die gerichtliche Einsetzung einer Einigungsstelle zur Regelung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung nicht an einer offensichtlichen Unzuständigkeit der Einigungsstelle scheitert.

Sachverhalt

Die Beteiligten streiten um die Einsetzung einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung von elektronischer Erfassung der Arbeitszeit“.

Die insgesamt acht Arbeitgeberinnen eines Medienkonzerns betreiben gemeinschaftlich einen Betrieb mit rund 1.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. In diesem Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet und es besteht eine Betriebsvereinbarung über gleitende Arbeitszeit mit elektronischer Zeiterfassung vom 18.07.1997. Diese Betriebsvereinbarung gilt aber nur für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bestimmter Bereiche. Für die Mitarbeiter anderer Bereiche, insbesondere die Beschäftigten der Redaktionen sowie die außertariflich beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, gibt es keine Arbeitszeiterfassung.

Die Arbeitgeberinnen standen gegenüber dem Betriebsrat auf dem Standpunkt, sei seien nicht verpflichtet, für die nicht unter die genannte Betriebsvereinbarung fallenden Mitarbeiter eine entsprechende Arbeitszeiterfassung einzuführen und verweigerten hierüber weitere Verhandlungen. Daraufhin leitete der Betriebsrat beim ArbG München ein Beschlussverfahren ein. Dieses hatte zum Ziel, eine Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung einer Arbeitszeiterfassung für alle Beschäftigten des Vertretungsbereichs des Betriebsrats, die nicht unter den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung über gleitende Arbeitszeit mit elektronischer Zeiterfassung vom 18.07.1997 fallen“ einsetzen zu lassen.

In diesem Verfahren vertraten die Arbeitgeberinnen im Wesentlichen die Auffassung, die Einigungsstelle sei für diesen Regelungsgegenstand offensichtlich unzuständig iSv. § 100 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. § 87 Abs. 1 BetrVG gebe dem Betriebsrat kein primäres Initiativrecht zur Einführung einer (flächendeckenden) Arbeitszeiterfassung.

Das ArbG München gab dem Betriebsrat Recht und hat dem Antrag auf Einsetzung der Einigungsstelle stattgegeben. Hiergegen legten die Arbeitgeberinnen Beschwerde beim LAG München ein.



Die Entscheidung

Das LAG München wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Das ArbG München habe zu Recht die Einigungsstelle mit dem beantragten Regelungsgegenstand der Einführung einer Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitnehmer, die bisher nicht dem Geltungsbereich der BV unterfielen, eingesetzt. Es sei nicht offensichtlich, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Ziff. 6 und 7 BetrVG nicht besteht, so das LAG München.

Zunächst betont das LAG München mit der ständigen Rechtsprechung, dass eine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle für ein erzwingbares Einigungsstellenverfahren nur dann vorliege, wenn offensichtlich das vom Antragsteller in Anspruch genommene Mitbestimmungsrecht nicht gegeben sei. Diese Voraussetzung sei gegeben, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar sei, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Frage komme.

Vor diesem Hintergrund gilt Folgendes: Gibt es aber zu einer Rechtsfrage eine höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zusteht, ist die Einigungsstelle „offensichtlich“ unzuständig, wenn diese Rechtsprechung als gefestigt angesehen werden kann und keine Anhaltspunkte für ein Abweichen erkennbar sind. Wenn aber das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts zu dem beantragten Verfahrensgegenstand umstritten ist und eine höchstrichterliche Entscheidung noch aussteht, ist die Einigungsstelle nicht „offensichtlich“ unzuständig.

Kern des Falles war hier die Frage, ob ein Betriebsrat über sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch im Wege eines Initiativrechtes die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung verlangen kann. Das LAG München hatte also für die Feststellung der Zuständigkeit der Einigungsstelle zu prüfen, ob es zu dieser Frage höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, die zudem als „gefestigt“ angesehen werden kann. Das Ergebnis war nein:

Zwar habe das BAG in der Vergangenheit entschieden, dass ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung einer elektronischen Zeiterfassung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG als Abwehrrecht nicht bestehe, allerdings sei diese Rechtsprechung wegen der inzwischen eingetretenen anderen Besetzung des Senats nicht als „gefestigt“ zu betrachten, so das LAG München. Im Übrigen bestehe eine beachtliche Kritik an dieser Rechtsprechung und auch abweichende Entscheidungen anderer Gerichte. Die Frage, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zustehe, sei daher höchst umstritten. Deshalb könne ein Mitbestimmungsrecht nicht mehr „sofort“ aus offensichtlichen Gründen verneint werden.



Das LAG München meinte zudem, dem Betriebsrat könne auch ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zustehen. Denn in der Literatur werde die Auffassung vertreten, dass die Einführung (technischer) Kontrolleinrichtungen zur Vermeidung von Gesundheitsschäden der Arbeitnehmer oder zur Vermeidung einer „Selbstaussbeutung“ im Rahmen sog. Vertrauensarbeitszeit dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegen könnte.

Rechtlicher Hintergrund

Grundsätzlich muss ein Betriebsrat in Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG nicht abwarten, bis der Arbeitgeber mit einem Regelungsanliegen auf ihn zukommt, sondern kann auch selbst die Initiative für eine Regelung ergreifen. Die Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitgeber selbst ist gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Bei dem Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht aber die Besonderheit, dass sich die Mitbestimmung hier auf die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen bezieht, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Grundgedanke des Mitbestimmungstatbestandes ist insoweit nach allgemeiner Meinung, dass der Betriebsrat einer „uferlosen“ Überwachung der Mitarbeiter und der damit einhergehenden Verletzung von Persönlichkeitsrechten entgegenwirken können soll.

Mit diesem Zweck scheint es sich auf den ersten Blick nicht zu vertragen, dass ein Betriebsrat die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung fordert. Denn damit wird ja gerade vom Betriebsrat die Einführung eines Mechanismus gefordert, welcher die genannten Persönlichkeitsrechte tangiert. In genau diese Richtung argumentierte der erste Senat des BAG in einer älteren Grundsatzentscheidung (BAG, Beschluss vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88) und verwehrte einem Betriebsrat ein entsprechendes Initiativrecht.

Eine bestätigende Entscheidung dieser älteren Rechtsprechung durch das BAG selbst ergab sich später allerdings nicht mehr. Zudem besteht mittlerweile eine andere Besetzung des ersten Senates.

An die zwei zuletzt genannten Gesichtspunkte knüpft das LAG München an und betont, dass vorliegend eine offensichtliche Unzuständigkeit schon deshalb nicht in Betracht komme, da dieser damalige Beschluss des BAG keine Bestätigung gefunden habe und sich die Besetzung des Senates auch zwischenzeitlich geändert habe. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Beschluss des BAG vom 28.11.1989 auf breite Kritik gestoßen ist. Tatsächlich haben vor der hier interessierenden Entscheidung des LAG München schon das LAG Berlin-Brandenburg (Beschluss



vom 22.01.2015 – 10 TaBV 1812/14 und 10 TaBV 2124/14) und das LAG Hamm (Beschluss vom 04.06.2019 – 7 TaBV 93/18) der älteren Rechtsprechung des BAG die Gefolgschaft verweigert und einem Antrag auf Einsetzung der Einigungsstelle zur elektronischen Zeiterfassung stattgegeben.

Es gibt allerdings auch Landesarbeitsgerichte, die hierzu die gegenteilige Auffassung vertreten und entsprechende Einsetzungsanträge abschlägig beschieden haben. Dazu zählen z.B. das Hessische LAG (Beschluss vom 17.11.2015 - 4 TaBV 185/15) und das LAG Niedersachsen (Beschluss vom 22.10.2013 – 1 TaBV 53/13).

Das BAG wird in Kürze für Klarheit sorgen: Gelegenheit hierzu besteht im Rechtsbeschwerdeverfahren gegen die Hauptsacheentscheidung des LAG Hamm (Beschl. v. 27.7.2021 – 7 TaBV 79/20), mit der festgestellt wurde, dass ein Betriebsrat hinsichtlich der initiativen Einführung einer elektronischen Zeiterfassung ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat. 1 ABR 22/21

Fazit

Die jüngste Entscheidung des LAG München bedeutet eine erhebliche Stärkung derjenigen Betriebsräte, die mit ihren Arbeitgebern über die Einführung eines Systems zur elektronischen Zeiterfassung verhandeln wollen. Weigert sich der Arbeitgeber, diesbezüglich mit dem Betriebsrat in Verhandlungen einzutreten oder behauptet er eine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle bei einer Initiative durch den Betriebsrat, kann ein Beschlussverfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle mit sehr guten Argumenten in Erwägung gezogen werden. Es bleibt abzuwarten, ob sich weitere Landesarbeitsgerichte der Entscheidung des LAG München anschließen werden, bzw. ob sich bislang ablehnende Landesarbeitsgerichte künftig der Ansicht des LAG München anschließen werden.



Christian Mertens, Düsseldorf

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Zeiterfassung

- LAG Hamm, Beschluss vom 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20 -

Das LAG hat entschieden, dass dem Betriebsrat bei der Einführung einer elektronischen Zeiterfassung ein Initiativrecht zukommt. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergibt sich demnach aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

Dabei wich das LAG Hamm von der Rechtsprechung des BAG ab, welches ein Initiativrecht bis dato verneint hatte (BAG, Beschluss vom 28.11.1989 - 1 ABR 97/88). Dieses Initiativrecht, welches es dem Betriebsrat ermöglicht, im Konfliktfall die Einigungsstelle anzurufen, ergibt sich nach Auffassung des Gerichts zunächst aus dem Wortlaut der Norm („mitzubestimmen“). Weiter spricht der Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts für ein Initiativrecht: Auf Augenhöhe mit dem Arbeitgeber kann der Betriebsrat nur mitbestimmen, wenn er nicht nur über das „Wie“ der Ausgestaltung technischer Einrichtungen mitentscheiden darf, sondern auch über das „Ob“ ihrer Anschaffung und Einsetzung. Hierbei ist zu beachten, dass es für den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bereits genügt, dass die in Rede stehenden technischen Einrichtungen geeignet sind, das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen. Für das Anerkennen des Initiativrecht spricht weiter, dass der Gesetzgeber, als er § 87 BetrVG geschaffen hat, nicht zwischen Mitbestimmungsrechten mit und ohne Initiativrecht unterschieden hat.

Die Freiheit des Arbeitgebers, selbst zu entscheiden, ob mitunter kostenintensive technische Einrichtungen angeschafft werden, welche geeignet sind, die Mitarbeiter zu überwachen, wird mit dieser Entscheidung erheblich beschränkt. Aufgrund der Abweichung von dem BAG-Beschluss aus dem Jahr 1989 wurde die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen. Somit ist davon auszugehen, dass diese für Arbeitnehmervvertretungen spannende Rechtsfrage in den kommenden Jahren höchstgerichtlich geklärt werden wird. Bis dahin ist die Einigungsstelle jedenfalls nicht offensichtlich unzulässig.

Sie hierzu auch unsere ausführliche Besprechung der Entscheidung des LAG München vom 10.08.2021 - 3 TaBV 31/21 in der Rubrik Betriebsräte in diesem Newsletter.



Einreichungsfrist für Wahlvorschlägen für die Betriebsratswahl

– BAG, Beschluss vom 28.04.2021 – 7 ABR 10/20 –

Ist in dem Wahlausschreiben für eine Betriebsratswahl keine Uhrzeit angegeben, bis zu der am letzten Tag der zweiwöchigen Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen der Zugang von Vorschlagslisten beim Wahlvorstand bewirkt werden kann, dürfen Wahlvorschläge bis 24:00 Uhr eingereicht werden.

Das BAG hat entschieden, dass Arbeitnehmer davon ausgehen dürfen, dass der Wahlvorstand Vorkehrungen dafür trifft, bis 24:00 Uhr von eingereichten Vorstandslisten Kenntnis nehmen zu können, wenn er in dem Wahlausschreiben keine konkrete Uhrzeit angegeben hat. Dies gilt auch in dem (Normal-)Fall, dass die ganz überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer ihren üblichen Feierabend wesentlich früher als um 24:00 Uhr antritt.

Zwar kann der Wahlvorstand die Zwei-Wochen-Frist des § 6 Abs. 1 S. 2 Wahlordnung auf eine konkrete Uhrzeit am letzten Tag der Frist verkürzen und ist nicht gezwungen, Vorschläge bis Mitternacht entgegenzunehmen (so bereits BAG, Urteil vom 16.01.2018 – 7 ABR 11/16). Wenn er dies jedoch nicht tut, muss er sich daran festhalten lassen und bis um 24:00 Uhr etwa wie im vorliegenden Fall in den Briefkasten eingelegte Vorschläge annehmen, auch wenn er sie erst am darauffolgenden Tag zur Kenntnis nehmen kann.

Diese Entscheidung des BAG sollte von Wahlvorständen insbesondere im Hinblick auf die in vielen Betrieben im kommenden Frühjahr anstehenden Betriebsratswahlen beachtet werden.

Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 2 BetrVG

– ArbG Erfurt, Beschluss vom 25.06.2021 – 2 BV 4/21 –

Auch Ersatzmitglieder der Jugendvertretung haben die Rechte nach § 78a Abs. 2 BetrVG, wenn sie ein ordentliches Mitglied vertreten.

Gemäß § 78 a Abs. 2 BetrVG gilt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit begründet, wenn ein Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangt. Diese Übernahmeverpflichtung soll die Ämterkontinuität der Arbeitnehmervertretungen gewährleisten und den Amtsträger vor nachteiligen Folgen bei seiner Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses schützen. Die Vorschrift stellt eine besondere



gesetzliche Ausformung des betriebsverfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots von Amtsträgern in § 78 S. 2 BetrVG dar. Dies gilt nun auch im Vertretungsfall. Das ArbG hat klargestellt, dass die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 BetrVG im Beschlussverfahren zu überprüfen sind.

Allerdings hat das ArbG die BAG-Rechtsprechung bestätigt, wonach die Fortsetzung des nach § 78a Abs. 2 S. 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen dann unzumutbar ist, wenn in seinem Betrieb kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Auszubildende mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation dauerhaft beschäftigt werden kann (BAG, Urteil vom 17.02.2007 - 7 ABR 89/08).

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Ablehnung der Maskenpflicht kann Kündigung eines Lehrers rechtfertige

- LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07.10.2021 – 10 Sa 867/21 –

Das LAG Berlin-Brandenburg hat eine außerordentliche Kündigung eines „Maskenverweigerers“ bestätigt.

Die Parteien streiten um eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung eines brandenburgischen Lehrers. Dieser weigerte sich beharrlich, im Schulbetrieb einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen.

Der Kläger legte gegenüber der Arbeitgeberin ein aus dem Internet bezogenes Attest eines österreichischen Arztes zur Rechtfertigung einer Befreiung vor. Darüber hinaus äußerte der Lehrer gegenüber den Schulleitern in E-Mails neben Ausführungen zur allgemeinen Bewertung der Maskenpflichten in der Schule („Bin der Meinung, dass diese „Pflicht“ eine Nötigung, Kindesmissbrauch, eher sogar vorsätzliche Körperverletzung bedeutet“), auch mit Aufforderungen an die Eltern, mit einem vorformulierten zweiseitigen Schreiben gegen die Schule vorzugehen. Nach diesen Äußerungen mahnte das beklagte Land als Arbeitgeberin den Lehrer wirksam ab.

Das LAG Berlin-Brandenburg hat in seinem Urteil vom 07.10.2021 die außerordentliche Kündigung für wirksam erachtet und die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Zur Begründung führte das LAG aus, dass sowohl die Äußerungen gegenüber den Schulleitern, als auch die Aufforderung an die Eltern, mit einem vorformulierten Schreiben gegen die Schule vorzugehen, als auch das beharrliche Nichttragen eines Mund-Nasen-Schutzes jeweils einen an sich geeigneten Kündigungsgrund darstelle. Das vorgelegte – aus dem Internet bezogene – Attest rechtfertige keine Befreiung. Das LAG hat die Revision zum BAG nicht zugelassen.

Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung reiht sich ein in eine Vielzahl von Arbeitsgerichtsentscheidungen erster und zweiter Instanz, die Kündigungen gegenüber „Maskenverweigerern“ bestätigten. Verweigert der Arbeitnehmer trotzdem das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes im betrieblichen Kontakt mit anderen Menschen, begründet dies regelmäßig eine Kündigung (ArbG Köln, Urt. v. 17.06.2021 – 12 Ca 450/21). Aus einem Attest zur Befreiung von der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes muss, so das ArbG Cottbus in seinem Urteil, 17. Juni 2021 – 11 Ca 10390/20,



hervorgehen, welche konkret zu benennenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufgrund des Tragens eines Mund-Nasen-Schutz zu erwarten sind. Ansonsten sind sie nicht als Rechtfertigung für die Verweigerung des Tragens von Mund-Nasen-Schutz geeignet. Mithin verstößt der Arbeitnehmer ungerechtfertigt gegen eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht.

Besteht aufgrund einer wirksamen Befreiung von der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes oder aufgrund der Weigerung des Tragens keine andere Möglichkeit des Einsatzes im Betrieb, ist eine Kündigung, so dass ArbG Cottbus, i. d. R. gerechtfertigt.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass es zu ersten Verurteilungen von Allgemeinmedizinern kommt. So ist ein Allgemeinmediziner aus Bamberg zu einer Geldstrafe verurteilt worden, weil er in 14 Fällen falsche Atteste, unter anderem zur Befreiung von der Maskenpflicht, ausgestellt hatte. Der Arzt hatte Patienten falsche Gesundheitszeugnisse für Maskenverweigerer ausgestellt.

Es ist damit zu rechnen, dass diese arbeitsgerichtliche Rechtsprechungslinie beibehalten und konkretisiert werden wird. Betriebsräte sollten insofern die Belegschaft hierüber aufklären, und etwaigen „Umgehungsversuchen“ in der Belegschaft auch mit Verweis auf die möglichen Rechtsfolgen begegnen.

Jörn A. Broschat, Oldenburg

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit

- BAG, Urteile vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 und 9 AZR 234/21 -

Hat der Arbeitgeber wegen der Corona-Pandemie Kurzarbeit eingeführt und war der Arbeitnehmer auf Grundlage der zwischen den Parteien abgeschlossenen Kurzarbeitsvereinbarung in einigen Monaten im Jahr 2020 vollständig von der Arbeitspflicht befreit „Kurzarbeit 0“, während er in anderen Monaten lediglich an wenigen Tagen arbeitete, so rechtfertigt dieser kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs. Dabei darf der Arbeitgeber die aufgrund der Kurzarbeit vollständig ausgefallenen Arbeitstage bei der Neuberechnung des Jahresurlaubs anteilig berücksichtigen. Nach Unionsrecht (Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG) erwirbt ein Arbeitnehmer Urlaubsansprüche nur für Zeiten, in denen er tatsächlich gearbeitet hat. Das Bundesurlaubsgesetz enthält für "Kurzarbeit 0" keine für die Arbeitnehmer günstigeren Regelungen. Aufgrund einzelvertraglich vereinbarter Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage sind daher weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen, so das BAG in der Pressemitteilung zu seinem Urteil (9 AZR 225/21).

In einer weiteren Sache hat der Neunte Senat erkannt, dass diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn die Kurzarbeit wirksam aufgrund einer Betriebsvereinbarung eingeführt worden ist (9 AZR 234/21).

Arbeitszeugnis: Beurteilung in Tabellenform mit „Schulnoten“ unzulässig

- BAG, Urteil vom 27.4.2021 - 9 AZR 262/20 -

Der Arbeitgeber erfüllt den Zeugnisanspruch eines Arbeitnehmers nach § 109 GewO nicht dadurch, dass er Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis in einer an ein Schulzeugnis angelehnten tabellarischen Darstellungsform beurteilt. Denn ein qualifiziertes Arbeitszeugnis ist ein auf den einzelnen Arbeitnehmer zugeschnittenes Arbeitspapier und muss deshalb eine individuell an diesen angepasste Leistungs- und Verhaltensbeurteilung enthalten. Individuelle Hervorhebungen und Differenzierungen lassen sich regelmäßig nur durch ein im Fließtext formuliertes Arbeitszeugnis so herausstellen, dass die besonderen Nuancen des beendeten Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck kommen und damit den Zeugniszweck als aussagekräftige Bewerbungsunterlage in Bezug auf die konkret beurteilte Person erfüllen kann, so das BAG. Genügt ein Zeugnis nicht diesen Anforderungen, kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dessen Berichtigung oder Ergänzung beanspruchen. Mit einer entsprechenden Klage macht der Arbeitnehmer weiterhin die Erfüllung seines Zeugnisanspruchs geltend.



Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- BAG, Urteil vom 09.08.2021 – 5 AZR 149/21 -

Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst. In einem solchen Fall trifft den Arbeitnehmer eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast. Dieser kann er in der Regel nur dadurch nachkommen, dass er den behandelnden Arzt von der Schweigepflicht entbindet und ihn im arbeitsgerichtlichen Verfahren als Zeugen benennt.

Arbeitsvertragliche Befristung in elektronischer Form wirksam?

- ArbG Berlin, Urteil vom 28.09.2021 – 36 Ca 15296/20 -

Befristete Arbeitsverhältnisse bedürfen gem. § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die Schriftform ist dann gewahrt wenn der Vertrag von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird und die andere Vertragspartei auf derselben Urkunde unterzeichnet. Gem. § 126a BGB kann die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden. Dann aber muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der bezeichneten Weise elektronisch signieren. Auch bei befristeten Arbeitsverträgen kann die Nutzung der elektronischen Form zur Wahrung des Formerfordernisses nach TzBfG denkbar sein, so das ArbG, weil nach § 623 BGB nur die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag in elektronischer Form ausgeschlossen ist. Allerdings muss zur Wahrung des Schriftformerfordernisses nach TzBfG eine elektronische Signatur verwendet werden, die eine gesetzlich vorgeschriebene Zertifizierung der Bundesnetzagentur erhalten hat. Ist dieses nicht der Fall, ist die Befristungsabrede wegen Formmangels unwirksam und es besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Dr. Michael Bachner (Hrsg.)

BetrVG für den Betriebsrat, Bund-Verlag, 3., aktualisierte und neu bearbeitete Auflage. 2021

Der Kanzeileikomentar: Alle Autoren sind Rechtsanwälte bei schwegler rechtsanwälte

<https://www.beck-shop.de/bachner-punkt-betrvg-betriebsrat/product/32839566>

Dr. Lars Weinbrenner

LAG Sachsen-Anhalt: Amtsverlust der Vertrauensperson bei Abordnung, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2021, S. 217

Peter Berg

Arbeitshilfen für den Betriebsrat - mit Wahlunterlagen und EBR-Gesetz (Formularbuch), 5. Auflage 2021 (Formulare zu den §§ 2, 42-46, 74, 76, 76a, 75, 77, 88 BetrVG)

Die Mitbestimmung und Beteiligung des Betriebsrats beim Einsatz digitaler Bewerbungsmanagementsysteme, in: Die Sicherung der kollektiven Ordnung, Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021, S. 85 ff.

Fünf Jahre Tarifeinheitsgesetz – eine Zwischenbilanz, in: Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts, Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, 2021, S. 85ff.

Die Aussperrung und andere Streikabwehrmaßnahmen der Arbeitgeber bei Konflikten um Firmentarifverträge, in: Arbeit, Recht, Politik, Geschichte, Festschrift für Michael Kittner zum 80. Geburtstag, 2021, S. 87ff.

Peter Berg und Micha Heilmann

Betriebsratswahl 2022 – Wahlsoftware, Normales und vereinfachtes Wahlverfahren, Software zum Download und als Online-Lösung mit Wahlkalender, Berechnungstools, Wahlunterlagen, Aushängen, Rechtsprechung und Gesetzestexten, 5. Auflage 2021

Betriebsratswahl 2022 – Handlungsanleitung, Grundwissen für Betriebsräte und Wahlvorstände, Mit Betriebsrätemodernisierungsgesetz und neuer Wahlordnung 2021, 2. Auflage 2021

BR-Wahl in Corona-Zeiten, Arbeitsrecht im Betrieb 10/2021, S. 29ff.

Betriebsratswahl 2022 – was ist neu? Arbeitsrecht im Betrieb 12/2021, 21 ff.
Was gilt für den Wahlvorstand? Computer und Arbeit 11/2021, 18 ff.



Dr. Herbert Grimberg

Zuschläge für Nachtarbeit, Arbeitsrecht im Betrieb 12/2021, S. 30 f.

Dr. Herbert Grimberg, Wolfgang Ficke und Wolfgang Wolter

Betriebsverfassungsgesetz – Kurzkomentar für Betriebsräte, 6., aktualisierte, neu bearbeitete Auflage 2021

Die Beiträge können über die Autoren unter ihrer Emailadresse angefordert werden.



V.i.S.d.P.:

RA Dr. Michael Bachner
Berliner Straße 44
60311 Frankfurt am Main
bachner@schwegler-rae.de

Kontakt:

Düsseldorf

Bahnstraße 16
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/300 43-0
Fax: 0211/300 43-499
duesseldorf@schwegler-rae.de

Lorenz Schwegler*
Felix Laumen*
Yvonne Reinartz*
Dr. Michael Schwegler*
Dieter Lenz
Christian Mertens
Stefan Dieker

Simone Rohs
Dr. Alexander Metz, LL.M.*
Charlotte Roth
Peter Berg
Dr. Herbert Grimberg
Christina Neumann

Berlin

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

Michael Merzhäuser*
Heike Merzhäuser*
Dr. Sascha Lerch*
Dr. Lars Weinbrenner*
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin
Dr. Nicolai Culik

Hans-Otto Umlandt
Dario Dell`Anna
Patrick Kessler
Katharina Warczinski
Sebastian Kolb

Frankfurt am Main

Berliner Straße 44
D-60311 Frankfurt am Main
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schwegler-rae.de

Dr. Michael Bachner*
Peter Gerhardt*
Ariane Mandalka
Daniel Wall
Ingolf Schumacher

Oldenburg

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

Hajo A. Köhler*
Ralf Trümner*
Jürgen Oehlmann
Anna-Lena Trümner
Jörn Arne Broschat, LL.M.

München

Maximilianstraße 54
80538 München
Tel.: 089/2323629-0
Fax: 089/2323629-69
muenchen@schwegler-rae.de

Dr. Michael Schwegler* (Zweigstelle)
Michael Merzhäuser* (Zweigstelle)

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, sodass 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.