# Fortbildung für Betriebsräte

# Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht



**rechtsanwalt | marco utsch**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Jakob-Klar-Straße 14, 80796 München

www.marcoutsch.de | **marcoutsch@email.de**

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 BetrVG finden die Betriebsratswahlen für alle Betriebe einheitlich in Deutschland alle vier Jahre, im Zeitraum vom 01.03. bis 31.05. statt. Die nächsten sog. turnusgemäßen Wahlen finden im Jahr 2030 statt; vgl. Fitting § 13 Rn. 4.

Gemäß § 21 Satz 2 BetrVG beginnt die Amtszeit mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 18 WO), wenn zu diesem Zeitpunkt im Betrieb bisher kein Betriebsrat bestand oder wegen Ende der Amtszeit, Anfechtung oder gerichtlicher Entscheidung nicht mehr besteht; vgl. Fitting § 21 Rn. 7. Dauert die Amtszeit des bisherigen Betriebsrats noch zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an, beginnt die Amtszeit erst mit dem Ende der Amtszeit des noch amtierenden Betriebsrats; vgl. Fitting § 21 Rn. 10 und zur Fristberechnung Fitting § 21 Rn. 17, 18.

Gemäß § 21 Satz 1 BetrVG beträgt die Amtszeit des turnusgemäß gewählten Betriebsrats vier Jahre. Mit Ablauf dieser vier Jahre endet die Amtszeit, auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein neuer Betriebsrat gewählt wurde; vgl. Fitting § 21 Rn. 15, 19.

Die Wahl eines Betriebsrats ist außerhalb des gesetzlichen Turnus´ des § 13 Abs. 1 BetrVG nur dann zulässig und verpflichtend, wenn einer der Sonderfälle des § 13 Abs. 2 BetrVG vorliegt; vgl. Fitting § 13 Rn. 20.

In den Fällen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 – 3 BetrVG bleibt das bisherige Gremium bis zum Beginn der Amtszeit des neu zu wählenden Gremiums mit allen Rechten und Pflichten im Amt; vgl. Fitting § 13 Rn. 32, 38, 42. In den Fällen des § 13 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BetrVG endet die Amtszeit des Betriebsrats mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung; vgl. Fitting § 13 Rn. 43, 46.

Die Amtszeit des außerturnusgemäß gewählten Gremiums endet spätestens am 31.05. des nächstfolgenden turnusgemäßen Wahljahres, so dass im Wahljahr ein neues Gremium zu wählen ist; vgl. Fitting § 13 Rn. 50. Gemäß § 13 Abs. 3 Satz 2 BetrVG gilt dies nicht, wenn die Bekanntgabe des Wahlergebnisses am 01.03. des Jahres vor dem Wahljahr oder später stattgefunden hat. In diesem Fall ist erst im übernächsten Wahlturnus neu zu wählen, die Amtszeit endet mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses, spätestens am 31.05.; vgl. Fitting § 13 Rn. 52, § 21 Rn. 13.

Der Betriebsrat ist ein durch demokratische Wahl legitimierter Repräsentant der Belegschaft, d.h. der Arbeiter und Angestellten und Auszubildenden des Betriebs, auch der sog. AT-Angestellten; vgl. Fitting § 1 Rn. 333, 336, 338, § 5 Rn. 413. Er repräsentiert auch die Mitarbeiter, die erst nach der Wahl in den Betrieb eingetreten sind und daher nicht an der Wahl teilgenommen haben; vgl. Fitting § 1 Rn. 334.

Der Betriebsrat hat kein sog. imperatives Mandat, sondern nimmt eigene Rechte und Pflichten für die Interessen des Betriebs und der Belegschaft wahr; er unterliegt keinen Weisungen der Belegschaft; vgl. Fitting § 1 Rn. 335. Auch die einzelnen Betriebsratsmitglieder unterliegen keinen Weisungen, auch nicht ihrer Liste oder deren Vertreter, sondern handeln für und als Repräsentanten aller Mitarbeiter; vgl. Fitting § 1 Rn. 335; § 37 Rn. 7.

Der Betriebsrat wird von den Arbeitnehmern des Betriebst gewählt und ist für diese zuständig; hiervon ausgenommen sind die Personengruppen des § 5 Abs. 2 und § 5 Abs. 3 BetrVG.

Gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG arbeiten Betriebsrat und Arbeitgeber vertrauensvoll im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit schafft keine Generalklausel eines Mitwirkungs- oder gar Mitbestimmungsrechtes, aber Verhaltens- und Nebenpflichten bei der Ausübung der Mitwirkungsrechte; die Zusammenarbeit ist offen und ehrlich zu führen; vgl. Fitting § 2 Rn. 21, 23.

- Gemäß § 74 Abs. 1 BetrVG findet zu allen betrieblichen Angelegenheiten ein regelmäßiger Austausch statt, um mit dem ernstlichen Willen zur gütlichen Einigung zu beraten; vgl. Fitting § 74 Rn. 9.
- Gemäß § 74 Abs. 2 BetrVG haben die Betriebspartner (Betriebsrat und Arbeitgeber) alles zu unterlassen, was den Betriebsfrieden stört.
- Gemäß § 75 BetrVG handeln die Betriebspartner nach Recht und Billigkeit und haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Mitarbeiter zu schützen und zu fördern.

Gemäß § 29 Abs. 1, § 26 Abs. 1 BetrVG wählt der Betriebsrat in der sog. konstituierenden Sitzung den Vorsitz des Betriebsrats und in gesondertem Wahlgang dessen Stellvertretung. Bestimmte Wahlvorschriften (etwa schriftliche Stimmabgabe o.ä.) sind von Gesetzes wegen nicht bestimmt; es ist auch keine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Gewählt ist derjenige, auf den im Wahlgang die meisten Stimmen entfallen; vgl. Fitting § 26 Rn. 9, 12, 14.

Wahlberechtigt und wählbar sind nur ordentliche Mitglieder des Betriebsrats, teilnahmeberechtigte Ersatzmitglieder des Betriebsrats sind aktiv wahlberechtigt, nicht passiv wählbar; JAV und Schwerbehindertenvertreter sind weder wahlberechtigt noch wählbar; vgl. Fitting § 26 Rn. 10, 11.

Die Wahl gilt grundsätzlich für die gesamte Amtsperiode des Gremiums. Der Gewählte muss die Wahl nicht annehmen, kann das Amt auch in der Folge durch unmissverständliche Erklärung gegenüber dem Betriebsrat niederlegen oder durch einfachen Mehrheitsbeschluss abberufen werden; vgl. Fitting § 26 Rn. 16, 18 – 20.

Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vertritt der Vorsitzende den Betriebsrat im Rahmen der gefassten Beschlüsse. Daher ist er nicht Vertreter im Willen, sondern in der Erklärung (Sprachrohr des Betriebsrats). Ausgenommen der späteren Heilung ist eine Erklärung ohne deckenden Betriebsratsbeschluss unwirksam; vgl. BAG vom 08.02.2022, Az. 1 AZR 233/21

Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist der Vorsitzende alleine berechtigt, Erklärungen, die dem Betriebsrat gegenüber abzugeben sind, entgegenzunehmen (Briefkasten des Betriebsrats). Andere ordentliche Mitglieder des Betriebsrats können lediglich als Erklärungsboten dienen. Die Erklärung gilt (auch fristbezogen) erst dann als zugegangen, wenn das ordentliche Mitglied als Bote die Erklärung dem Vorsitzenden übergeben hat; vgl. Fitting § 26 Rn. 39.

Der Stellvertreter des Vorsitzenden ist kein „zweiter“ Vorsitzender, sondern nur im Falle der Verhinderung des Vorsitzenden berechtigt und verpflichtet, die Rechte eines Vorsitzenden wahrzunehmen; vgl. Fitting § 26 Rn. 44.

Von Gesetzes wegen kommen dem Betriebsratsvorsitzenden folgende Aufgaben zu:

- Einberufung und Leitung der Betriebsratssitzungen gemäß § 29 Abs. 2, 3 BetrVG
- Unterzeichnung des Protokolls zur Betriebsratssitzung gemäß § 34 Abs. 1 Satz 2 BetrVG
- Leitung der Betriebsversammlungen gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 BetrVG
- Führung der laufenden Geschäfte des Betriebsrats unter der Voraussetzung des § 27 Abs. 3 BetrVG
- Mitgliedschaft und Vorsitz des Betriebsausschusses gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 BetrVG
- Teilnahme an den Sitzungen der Jugend- und Auszubildendenvertretung gemäß § 65 Abs. 2 Satz 2 BetrVG
- Teilnahme an den Sprechstunden der Jugend- und Auszubildendenvertretung gemäß § 69 Satz 4 BetrVG
- Einsichtnahme in die Bruttogehaltslisten in kleineren Betrieben[1] gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG

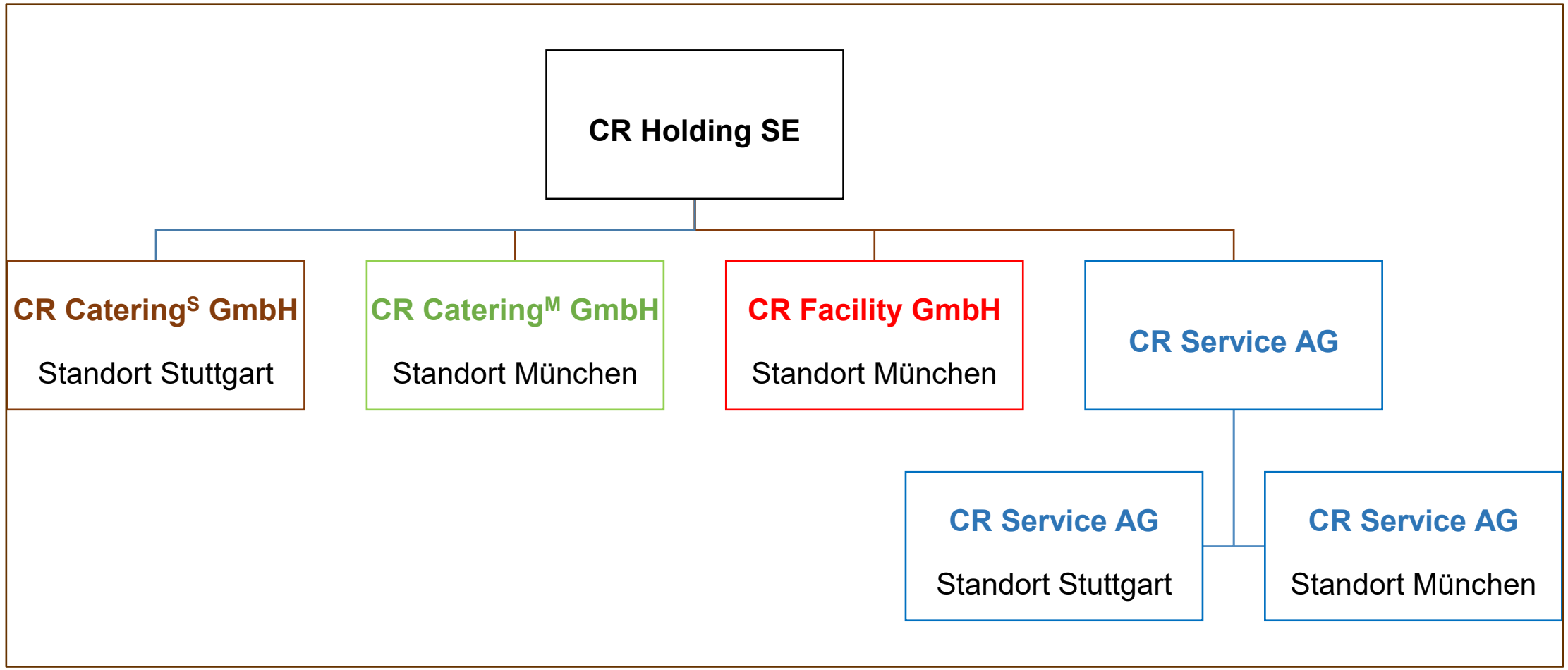
[1]wenn kein Betriebsausschuss gemäß § 27 BetrVG und kein zuständiger Ausschuss gemäß § 28 BetrVG besteht; vgl. Fitting § 80 Rn. 71

Werden im Betrieb weniger oder bis 100 Arbeitnehmer beschäftigt, ist die Bildung von Ausschüssen des Betriebsrats nicht vorgesehen.

Werden im Betrieb 101 bis 200 Arbeitnehmer beschäftigt, kann der Betriebsrat Ausschüsse bilden, die allein vorbereitend tätig werden.

Werden im Betrieb über 200 Arbeitnehmer beschäftigt, ist gemäß § 27 BetrVG ein Betriebsausschuss zu bilden.

Besteht ein Betriebsausschuss, kann der Betriebsrat diesem oder einem anderen Ausschuss Kompetenzen zur eigenen Entscheidung übertragen.


CR Holding SE
CR Catering^S GmbH
Standort Stuttgart
CR Catering^M GmbH
Standort München
CR Facility GmbH
Standort München
CR Service AG
CR Service AG
Standort Stuttgart
CR Service AG
Standort München

- Gemäß § 47 Abs. 1 BetrVG ist ein Gesamtbetriebsrat zu errichten, wenn in einem Unternehmen mehrere Betriebsräte bestehen. Jeder örtliche Betriebsrat entsendet als Vertreter in den Gesamtbetriebsrat eines, sofern der Betriebsrat fünf oder mehr Mitglieder hat, zwei seiner Mitglieder.

- Jedes entsandte Mitglied hat im Rahmen der Abstimmungen so viele Stimmen, wie dem Betrieb, den es vertritt, wahlberechtigte Arbeitnehmer in der Wählerliste eingetragen sind. Etwas anderes gilt gemäß § 51 Abs. 4 BetrVG für die Beschlussfassung des Gesamtbetriebsratsausschusses und der weiteren Ausschüsse unter Verweis auf § 33 BetrVG.

- Die Geschäftsführung des Gesamtbetriebsrats richtet sich gemäß § 51 BetrVG weitgehend nach den Regeln der Geschäftsführung des Betriebsrats.

- Gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG ist der Gesamtbetriebsrat (GBR) zur Ausübung der Beteiligungsrechte zuständig, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:
  1. Es muss sich um eine Angelegenheit handeln, die mehrere Betriebe des Unternehmens betrifft und
  2. die nicht durch die örtlichen Betriebsräte geregelt werden kann, weil ein zwingendes Erfordernis für eine einheitliche Regelung besteht. Das zwingende Erfordernis kann sich aus tatsächlichen (z.B. technischen) oder rechtlichen Gründen ergeben.

- Der bloße Wille des Gesamtbetriebsrats oder Arbeitgebers zur einheitlichen Regelung ist nicht entscheidend oder ausreichend. Anderes gilt nur im Bereich nicht erzwingbarer Beteiligung, bei der der Arbeitgeber seine Entscheidung zur Verhandlung davon abhängig machen darf, dies unternehmenseinheitlich über den GBR zu regeln; vgl. Fitting § 50 Rn. 24.

- Ist der GBR gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG originär zuständig und schließt eine Gesamtbetriebsvereinbarung mit dem Unternehmen ab, gilt diese nicht nur in den vertretenen Betrieben, sondern auch in den Betrieben des Unternehmens, die keinen Betriebsrat haben; vgl. § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

- Im Übrigen können örtliche Betriebsräte im Rahmen ihrer Zuständigkeit den Betriebsrat gemäß § 50 Abs. 2 BetrVG mit der Behandlung einer Angelegenheit in ihrem Auftrag bevollmächtigen. Schließt der GBR im Rahmen dieser Delegation eine Vereinbarung ab, gilt diese nur für die Betriebe, die wirksam delegiert haben, nicht dagegen in Betrieben, die nicht delegiert oder gar keinen Betriebsrat haben.

- Streitigkeit über die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats können im Wege des Beschlussverfahrens geklärt werden. Zuständig ist das Arbeitsgericht am Sitz des Unternehmens; vgl. Fitting § 50 Rn. 78.

Ordnungsgemäße Ladung und Tagesordnung gemäß § 29 Abs. 2 BetrVG

Erforderliche Beschlussfähigkeit gemäß § 33 Abs. 2 BetrVG

Ordnungsgemäße Beschlussfassung gemäß § 33 Abs. 1 BetrVG

Gemäß § 29 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist ausschließlich der Vorsitzende des Betriebsrats berechtigt, zu einer Sitzung zu laden. Nur im Falle seiner Verhinderung ist dazu der Stellvertreter berechtigt; § 26 Abs. 2 BetrVG.

<u>Teilnahmeberechtigt zur Betriebsratssitzung sind kraft Gesetzes:</u>

- ✓ Alle ordentlichen Mitglieder des Betriebsrats gemäß § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG
- ✓ Vertrauensperson der Schwerbehinderten gemäß §§ 29 Abs. 2 Satz 4, 32 BetrVG, § 178 Abs. 4 Satz 1 SGB IX
- ✓ Jugend- und Auszubildendenvertretung gemäß § 29 Abs. 2 Satz 4, § 67 Abs. 1, 2 BetrVG

- ➢ Gewerkschaftsvertreter unter den Voraussetzungen des § 31 BetrVG
- ➢ Arbeitgeber in den Fällen des § 29 Abs. 4 Satz 1 BetrVG

Betriebsratssitzungen sind gemäß § 30 Abs. 1 Satz 4 BetrVG nicht öffentlich, so dass nicht Teilnahmeberechtigte ausgeschlossen sind: Beachte jedoch § 80 Abs. 2 Satz 4, § 80 Abs. 3 und § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG.

1. Soweit keine andere Regelung besteht (bspw. in einer Geschäftsordnung), entscheidet der Vorsitzende, ob und wann eine Sitzung abzuhalten ist, und er legt die Tagesordnung fest; § 29 Abs. 2 BetrVG.
2. Der Vorsitzende lädt (Angabe von Ort und Zeit) alle Teilnahmeberechtigten rechtzeitig[1] unter Mitteilung der Tagesordnung zur Sitzung; § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.
3. Betriebsratsmitglieder sind verpflichtet, an der Sitzung teilzunehmen und im Falle ihrer Verhinderung, dies unverzüglich dem Vorsitzenden mitzuteilen; dabei sollen sie die Gründe angeben; § 29 Abs. 2 Satz 5 BetrVG.
4. Hat der Vorsitzende Kenntnis von der Verhinderung eines Teilnahmeberechtigten, muss er das Ersatzmitglied laden; §§ 29 Abs. 2 Satz 6, 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Hat er keine Kenntnis oder liegt keine Verhinderung vor, darf er kein Ersatzmitglied laden; vgl. Fitting § 25 Rn. 23 und § 29 Rn. 39. Das tatsächlich vorliegen des mitgeteilten Verhinderungsgrundes muss der Vorsitzende nicht überprüfen; vgl. Fitting § 29 Rn. 39.

[1]BAG vom 20.05.2025, 1 AZR 35/24 – Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden zur Frage, ob eine rechtzeitige Ladung noch möglich ist

Unter Verhinderung versteht sich ein rechtliches oder tatsächliches Hindernis, das die Sitzungsteilnahme unzumutbar macht; vgl. Fitting § 29 Rn. 45; § 25 Rn. 17. Das jeweilige Betriebsratsmitglied entscheidet in eigener Verantwortung darüber, welches seiner beruflichen, privaten oder betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht im Kollisionsfall den Vorrang verdient; vgl. BAG vom 23.06.2010, Az. 7 ABR 103/08; Fitting § 25 Rn. 21; § 29 Rn. 34b, 39.

- ✓ Urlaub[1] (nicht dagegen Teilzeit, Freischicht, Gleitzeit; vgl. BAG vom 27.09.2012, Az. 2 AZR 955/11; Fitting § 25 Rn. 22)
- ✓ Arbeitsunfähigkeit (unabhängig von etwaiger Amtsunfähigkeit; vgl. BAG vom 08.09.2011, Az. 2 AZR 388/10 | § 38 BetrVG vgl. BAG 1 ABR 5/19)
- ✓ Betriebliche Abwesenheit wegen Geschäftsreise oder Fortbildung, wenn diese nicht berufsprägend ist
- ✓ Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund Mutterschutzes und Elternzeit[1] und ähnlicher Gestaltungen
- ✓ Interessenkollision wegen persönlich-unmittelbarer, arbeitsvertraglicher Betroffenheit; vgl. Fitting § 25, 18 und § 33 Rn. 37a
- ✓ Vorrangige Arbeitsverpflichtung; vgl. BAG vom 15.04.2014, Az. 1 ABR 2/13 und Fitting § 29 Rn. 34b
- ✓ ggf. bei Kündigung des Betriebsratsmitglieds; vgl. LAG Hamm vom 23.06.2014, Az. 13 TaBVGa 21/14

[1]Wahlrecht zur Amtsausübung; vgl. Fitting § 25 Rn. 17

Das Nachladen des „richtigen“ Ersatzmitglieds richtet sich im Fall der Mehrheits-/Persönlichkeitswahl nach § 25 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Am Beispiel eines 5-Gremiums, bei dem die Männer in der Minderheit sind (2 Sitze zugewiesen):

1. Frau A – 77 Stimmen
2. Frau B – 71 Stimmen
3. Herr C – 53 Stimmen
4. Herr D – 48 Stimmen
5. Frau E – 41 Stimmen
6. Frau F – 37 Stimmen
7. Herr G – 31 Stimmen
8. Herr H – 27 Stimmen
9. Frau I – 13 Stimmen

Das Nachladen des „richtigen“ Ersatzmitglieds richtet sich im Fall der Verhältnis-/Listenwahl nach § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Am Beispiel eines 9-Gremiums, bei dem die Frauen in der Minderheit sind (3 Sitze zugewiesen):

| Liste 1 – 120 Stimmen | Liste 2 – 160 Stimmen | Liste 3 – 56 Stimmen |
|---|---|---|
| 1. Herr – 120 Stimmen | 1. Herr – 160 Stimmen | 1. Frau – 56 Stimmen |
| 2. Frau – 60 Stimmen | 2. Herr – 80 Stimmen | 2. Frau – 28 Stimmen |
| 3. Herr – 40 Stimmen | 3. Frau – 53,3 Stimmen | 3. Herr – 18,7 Stimmen |
| 4. Herr – 30 Stimmen | 4. Herr – 40 Stimmen | 4. Herr – 14 Stimmen |
| 5. Frau – 24 Stimmen | 5. Herr – 32 Stimmen | 5. Frau – 11,2 Stimmen |
| 6. Frau – 20 Stimmen | 6. Herr – 26,7 Stimmen | 6. Frau – 9,3 Stimmen |

Die rechtzeitige Bekanntgabe der Tagesordnung zur Sitzung dient der Möglichkeit für die Teilnahmeberechtigten, sich auf die Sitzung und zu behandelnden Punkte angemessen vorbereiten zu können und, soweit für erforderlich gehalten, Fühlung zur betroffenen Belegschaft oder der vertretenen Gewerkschaft aufzunehmen; vgl. Fitting § 29 Rn. 46. Daher sind die Tagesordnungspunkte möglichst konkret anzugeben.

Eine Änderung (Erweiterung oder Verkürzung) der Tagesordnung ist zeitlich noch in der Betriebsratssitzung selbst möglich, wegen des oben beschrieben Zwecks jedoch nur unter Beachtung folgender Voraussetzungen:

- ✓ Die Erweiterung der Tagesordnung ist zulässig, wenn zur Sitzung ordnungsgemäß geladen wurde und das beschlussfähige Gremium die Änderung einstimmig beschließt; vgl. BAG vom 15.04.2014, Az. 1 ABR 2/13.
- ✓ Die Verkürzung der Tagesordnung ist zulässig, wenn zur Sitzung ordnungsgemäß geladen wurde und das beschlussfähige Gremium die Änderung mit einfacher Mehrheit beschließt.

Gemäß § 33 Abs. 2 BetrVG ist der Betriebsrat beschlussfähig, wenn an der Beschlussfassung

- mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder (vgl. § 9 BetrVG)
- stimmberechtigt teilnimmt[1]
- Für Sitzungsteilnahme mittels Telekommunikationsmitteln beachte § 30 Abs. 2 BetrVG

Gemäß § 33 Abs. 1 BetrVG ist der Beschluss wirksam gefasst, wenn

- die Anzahl der abgegebenen Ja-Stimmen die Summe der anderen Stimmen (Nein und Enthaltungen[1]) übersteigt;
  vgl. Fitting § 33 Rn. 33

Beschlüsse mit qualifizierter Mehrheit finden sich in §§ 13 Abs. 2 Nr. 3, 27 Abs. 2, 28 Abs. 1, 36, 50 Abs. 2 BetrVG.

[1]zur erklärten Nichtteilnahme an der Abstimmung; vgl. Fitting § 33 Rn. 13a, 34 und LAG Baden-Württemberg vom 12.03.2014, Az. 21 TaBV 6/13

Gemäß § 30 Abs. 2 BetrVG können Sitzungen mittels Telekommunikationsmitteln durchgeführt werden, wenn

- dem Vorrang der Präsenzsitzung durch eine Regelung in der Geschäftsordnung (GO) Rechnung getragen wird,
- nicht ein Viertel der Betriebsratsmitglieder zuvor fristgerecht widerspricht und
- sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Dem Vorrang der Präsenzsitzung ist durch eine Regelung in der Geschäftsordnung des Betriebsrats Rechnung zu tragen, bspw. indem

- die Anzahl der virtuell durchgeführten Sitzungen begrenzt wird (quantitativer Ansatz),
- bestimmte Themen der Verhandlung in einer Präsenzsitzung vorbehalten sind (qualitativer Ansatz),
- die virtuelle Durchführung stets eines begründeten Anlasses bedarf – Eilbedürftigkeit, Gesundheitsschutz oder andernfalls drohende Beschlussunfähigkeit (qualitativer Ansatz)

Gemäß § 36 BetrVG soll sich der Betriebsrat eine Geschäftsordnung geben, die Bestimmungen der internen Geschäftsführung enthält. Eine Geschäftsordnung bindet die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats, insbesondere auch den Vorsitzenden, nicht aber das Gremium als solches; vgl. Fitting § 36 Rn. 13.

Die Geschäftsordnung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform und absoluten Mehrheit in der Beschlussfassung. Sie wirkt nur für die Amtszeit des beschließenden Betriebsratsgremiums. Eine Veröffentlichung ist nicht erforderlich; vgl. Fitting § 36 Rn. 9 – 12.

Regelungen einer Geschäftsordnung sind typischerweise (vgl. Fitting § 36 Rn. 6):

Festlegung turnusgemäßer Sitzungen, Einladungsfristen und feste Tagesordnungspunkte, Ausschusswesen, virtuelle Durchführung der Sitzungen, Meldepflicht bei Verhinderung, Vertretungsregelung bei Verhinderung von Vorsitzendem und Stellvertreter, Leitung der Sitzung (z.B. Rednerliste etc.) und Abstimmungsverfahren

Gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt und

- unterliegen keinen Weisungen des Arbeitgebers, Listenvertreters oder der Belegschaft; vgl. Fitting § 1 Rn. 188.
- beziehen hierfür keine direkte oder mittelbare Vergünstigung oder Vergütung; vgl. BAG vom 29.08.2018, Az. 7 AZR 206/17.
- Zur Frage der Haftung im Rahmen der Amtsausübung siehe Fitting § 1 Rn. 209ff.

Gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG sind die Mitglieder des Betriebsrats ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts von der Arbeit freizustellen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erledigung der Betriebsratsarbeit erforderlich ist. Daher geht die Amtsverpflichtung der Arbeitsverpflichtung grundsätzlich vor; vgl. Fitting § 37 Rn. 16; § 29 Rn. 34a.

- Das Betriebsratsmitglied hat jedoch eine gewissenhafte Ermessenentscheidung zu treffen; vgl. Fitting § 37 Rn. 38
- und sich zur Betriebsratsarbeit und der voraussichtlichen Dauer ab-/anzumelden; vgl. Fitting § 37 Rn. 50.

Die Vergütung während der Betriebsratsarbeit richtet sich nach sog. Lohnausfallprinzip; vgl. Fitting § 37 Rn. 8, 59ff. und BAG vom 29.08.2018, Az. 7 AZR 206/17; in Bezug auf eine leistungsorientierte Vergütungskomponente auch BAG vom 29.04.2015, Az. 7 AZR 123/13

Betriebsratsmitglieder sind gehalten, ihre Betriebsratsarbeit während ihrer persönlichen Arbeitszeit zu erledigen. Dies gilt nicht allein für die Sitzungsteilnahme (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), sondern für alle zugewiesenen Aufgaben; vgl. Fitting § 37 Rn. 73.

Ein Anspruch auf Anerkennung von Zeiten der Betriebsratsarbeit, die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit geleistet wurde, besteht gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG dann, wenn die Erfüllung dieser Aufgaben außerhalb der persönlichen Arbeitszeit nicht frei gewählt, sondern aus betrieblichen Gründen erforderlich war; vgl. Fitting § 37 Rn. 75, 76.

Zeiten der Teilnahme an einer Betriebsratsschulung gelten gemäß § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG als aus betrieblichen Gründen außerhalb der persönlichen Arbeitszeit erforderlich und sind anzuerkennen – auch für Teilzeitkräfte. Ein Seminartag ist für Betriebsräte (Voll- wie Teilzeit) mit der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten zu werten; allerdings auf diese Zeit begrenzt, auch unter Einschluss der Pausen- und Reisezeiten; vgl. Fitting § 37 Rn. 75, 187, 193, 193c, 193d.

## § 37 Abs. 6 „erforderlich“

Der Arbeitgeber schuldet[1]:

- ✓ Freistellung zur Schulungsteilnahme
- ✓ Vergütung nach Lohnausfallprinzip
- ✓ Reise-/Übernachtungskosten
- ✓ Teilnahme-/Kursgebühren
- ✓ zeitlich unbegrenzt[2]

[1]vgl. BAG vom 27.05.2015, Az. 7 ABR 26/13

[2]vgl. Fitting § 37 Rn. 172

## § 37 Abs. 7 „geeignet“

Der Arbeitgeber schuldet:

- ✓ Freistellung zur Schulungsteilnahme
- ✓ Vergütung nach Lohnausfallprinzip

Der Arbeitgeber schuldet nicht:

- – Reise-/Übernachtungskosten
- – Teilnahme-/Kursgebühren
- – mehr als 3/4 Wochen pro Amtszeit

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Seminar „erforderlich“, wenn es Kenntnisse vermittelt, wodurch das Betriebsratsmitglied überhaupt erst in die Lage versetzt wird, seine gegenwärtigen oder künftigen Aufgaben als Betriebsrat unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Betrieb und der internen Aufgabenverteilung des Betriebsrats erledigen zu können; vgl. Fitting BetrVG § 37 Rn. 141.

Erforderlich sind demnach die Grundlagenseminare zum Betriebsverfassungsrecht und zum allgemeinen Arbeitsrecht für jedes einzelne Betriebsratsmitglied; vgl. Fitting BetrVG § 37 Rn. 141, 143, 144, 163, 164 und BAG vom 14.01.2015, Az. 7 ABR 95/12.

Dagegen sind vertiefende Spezialseminare nur dann erforderlich, wenn hierfür ein konkreter betrieblicher Anlass oder eine Aufgabenverteilung innerhalb des Betriebsrats besteht. In diesem Fall ist der Teilnehmerkreis auf die mit dem Thema befassten Betriebsratsmitglieder beschränkt; vgl. Fitting BetrVG § 37 Rn. 146, 166 und BAG vom 14.01.2015, Az. 7 ABR 95/12.

Die Teilnahme an einer Betriebsratsschulung setzt einen wirksamen Beschluss zu den Teilnehmern, Thema, Anbieter, zeitlichen Lage und Kosten voraus; nicht dagegen zum Verkehrsmittel der Reise. Der Betriebsrat trifft die jeweilige Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange zur zeitlichen Lage und Angemessenheit und Erforderlichkeit der Kosten; vgl. BAG vom 14.01.2015, Az. 7 ABR 95/12 und BAG vom 27.05.2015, Az. 7 ABR 26/13 (Reise-/Übernachtungskosten).

<u>Mögliche Einwende des Arbeitgebers gegen einen Schulungsbeschluss können sein:</u>

- Mangelende Erforderlichkeit des Seminars
- Überhöhte Kosten des Seminars oder zu seiner Durchführung (Anbieter / Anreise / Übernachtung)
- Mangelnde Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten bei der zeitlichen Lage

Ist die Erforderlichkeit des Seminars streitig oder die Kosten, entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren.
Ist die zeitliche Lage des Seminars streitig, entscheidet die Einigungsstelle gemäß § 37 Abs. 6 Satz 5 BetrVG.

Der Arbeitgeber hat das Betriebsratsmitglied zur Schulungsteilnahme freizustellen und das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen; vgl. Fitting § 37 Rn. 182.

Die Arbeitszeit am Schulungstag ist nach der Arbeitszeit eines im Betrieb beschäftigten Vollzeitarbeitnehmers zu bemessen. Damit wird die Arbeitszeit gesichert aber begrenzt, unabhängig davon, ob die konkrete Schulungszeit (einschließlich Reisezeit) ggf. länger oder unter Berücksichtigung der Pausen kürzer ist als der persönliche Arbeitstag; vgl. Fitting § 37 Rn. 189, 193, 193d.

Auch ein in Teilzeit beschäftigter Schulungsteilnehmer hat für einen ganzen Schulungstag einen Ausgleichsanspruch nach Bemessung eines Vollzeitbeschäftigten im Betrieb, da die Seminarteilnahme Betriebsratstätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit im Sinne des § 37 Abs. 3 BetrVG (betriebsbedingt) ist; vgl. Fitting § 37 Rn. 189, 193c, 91.

Gemäß § 15 KSchG genießen Arbeitnehmer, die ein dort benanntes Amt bekleiden oder sich für Wahl eines solchen Amts bewerben, Kündigungsschutz. Ausgenommen der besonderen Fälle der Stilllegung des Betriebs oder einer Betriebsabteilung (§ 15 Abs. 4, 5 KSchG), ist eine ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen. Allein eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund i.S.d. § 626 BGB mit ausdrücklicher Zustimmung des Betriebsrats bzw. deren gerichtliche Ersetzung gemäß § 103 BetrVG ist möglich und zulässig.

- Ordentliches Mitglied des Betriebsrats gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG
- Ordentliches Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG
- Ordentliches Mitglied des Wahlvorstands zur Betriebsratswahl gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG
- Arbeitnehmer, die zur Betriebsratswahl kandidieren (Wahlbewerber) gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG
- Arbeitnehmer, die zur Wahl eines Betriebs einladen (Wahlinitiatoren) gemäß § 15 Abs. 3a Satz 1 KSchG

Während der Amtszeit genießen ordentliche Betriebsratsmitglieder besonderen Kündigungsschutz; vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG. Die Kündigung ist nur zulässig, wenn ein Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung im Sinne des § 626 BGB vorliegt und der Betriebsrat im Rahmen der Anhörung gemäß § 103 BetrVG zugestimmt hat. Stimmt der Betriebsrat der Kündigung nicht zu, muss der Arbeitgeber gegen den Betriebsrat ein gerichtliches Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten, wenn er an der Kündigungsabsicht festhält; vgl. § 103 Abs. 2 BetrVG.

Nach der Amtszeit wirkt der Kündigungsschutz für die Dauer eines Jahres nach; vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG. In dieser Phase gilt ein abgeschwächter, relativer Kündigungsschutz, weil die Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung nicht nach § 103, sondern nach § 102 BetrVG erfolgt. Der Betriebsrat kann den Ausspruch der Kündigung nicht durch Widerspruch (und das sodann zunächst erforderliche Zustimmungsersetzungsverfahren) verhindern / verzögern.

Während der Amtszeit (i.d.R. 4 Jahre) gilt der **besondere Kündigungsschutz** **§ 626 BGB + § 103 BetrVG**

Mit dem Ende der Amtszeit gilt für ein Jahr ein **relativer Kündigungsschutz** **§ 626 BGB + § 102 BetrVG**

Gemäß § 79 BetrVG unterliegen Mitglieder und Ersatzmitglieder des Betriebsrats einer Geheimhaltungspflicht in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen wegen ihrer Zugehörigkeit zum Gremium bekannt werden. Solche Geheimnisse dürfen weder offenbart noch verwertet werden.

<u>Die Verschwiegenheitspflicht gilt, wenn</u>

- ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt (Kenntnis lediglich eines begrenzten Personenkreises),
- dessen Geheimhaltung für das Unternehmen wichtig ist, weil ein (wirtschaftlicher) Schaden droht und
- dies vom Arbeitgeber ausdrücklich eingefordert / angeordnet wurde

Beispiele, vgl. Fitting § 79 Rn. 4:

Technische Aufzeichnungen, Entwicklungsunterlagen und Forschungsergebnisse, Kundenlisten, Preiskalkulationen, Vertragsinhalte, Personal- oder Produktionskosten, Bruttogehaltslisten, Auftragslage, Liquidität des Unternehmens

Im Rahmen ihrer Amtsausübung erhalten Betriebsratsmitglieder weitere sensible Informationen, bspw. über andere Arbeitnehmer, die zwar nicht als Betriebs- und Geschäftsgehemins zu qualifizieren sind, dennoch wegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zur Verschwiegenheit verpflichten.

<u>Besondere Informationen und daran anknüpfende Verpflichtungen können sich beispielsweise ergeben bei</u>

- Anhörungen zur Einstellung gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1, 3 BetrVG (Zeugnisse, beruflicher Werdegang etc.)
- Anhörung zur Ein-/Umgruppierung gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1, 3 BetrVG
- Anhörung zur Kündigung gemäß § 102 Abs. 2 Satz 5 BetrVG
- Einsicht in die Bruttogehaltslisten gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG
- Teilnahme am Mitarbeitergespräch gemäß § 82 Abs. 2 BetrVG
- Teilnahme zur Einsicht in die Personalakte gemäß § 83 Abs. 1 BetrVG
- Unterrichtung / Information gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG (z.B. Schwangerschaft, Schwerbehinderteneigenschaft)

Gemäß §§ 42, 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat in jedem Kalendervierteljahr eine regelmäßige Betriebsversammlung abzuhalten. Hierzu geltend folgende Grundsätze:

- ✓ Der Betriebsrat bestimmt den Zeitpunkt der Sitzung unter Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten
- ✓ Teilnahmeberechtigt sind alle Arbeitnehmer, auch während der Elternzeit oder Urlaub, auch Leiharbeitnehmer
- ✓ Die Versammlung ist nichtöffentlich, Dolmetscher, Sachverständige oder Gäste können bei Bedarf geladen werden
- ✓ Der Betriebsrat ist Veranstalter im Sinne des Hausrechts und der Leitung der Versammlung
- ✓ Sofern der Betriebsrat nichts anders beschließt, berichtet der Vorsitzende über die Betriebsratstätigkeit
- ✓ Der Arbeitgeber hat ein Teilnahme- und Rederecht zu allen Tagesordnungspunkten
- ✓ Einmal im Jahr hat der Arbeitgeber einen Bericht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 3 BetrVG zu erstatten

Gemäß § 40 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten und hat demgemäß *in erforderlichem Umfang*, Sach-, Informations- und Kommunikationsmittel sowie Büropersonal zu stellen. Zum Sachaufwand und Personal siehe Fitting § 40 Rn. 104ff.

Können sich die Betriebsparteien nicht einigen, entscheidet auf Antrag des Betriebsrats das Arbeitsgericht über die Erforderlichkeit und Verpflichtung des Arbeitgebers, die Kosten für die verlangten Sach- und Personalmittel zu tragen. Die Kosten dieser Prozessführung, insbesondere für den anwaltlichen Vertreter des Betriebsrats hat der Arbeitgeber zu tragen, ohne dass es der vorherigen Zustimmung des Arbeitgebers zu dessen Beauftragung bedarf; vgl. Fitting § 40 Rn. 24 und BAG vom 18.03.2015, Az. 7 ABR 4/13 (zur Erforderlichkeit eines BR-Beschlusses zur Beauftragung).

⇔ Vom Prozessanwalt ist der außergerichtlich beratend tätige Sachverständige zu unterscheiden, der gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG hinzugezogen werden soll. Hier gilt die Kostenpflicht des Arbeitgebers nach vorheriger Zustimmung.

Das Betriebsverfassungsgesetz räumt auch den einzelnen Arbeitnehmern Rechte ein, unabhängig davon, ob der Betrieb einen Betriebsrat hat oder überhaupt betriebsratsfähig ist; sie gelten auch für eingesetzte Leiharbeitnehmer.

Unterrichtungs- und Erörterungspflicht gemäß § 81 BetrVG

zum konkreten Arbeitsplatz des Arbeitnehmers, einschließlich dem Gesundheitsschutz

Anhörungs- und Erörterungsrecht gemäß § 82 BetrVG

zu allen betrieblichen Angelegenheiten, der Lohn-/Gehaltszusammensetzung und beruflichen Entwicklung / Leistung

Einsichts- und Erklärungsrecht gemäß § 83 BetrVG

zur Personalakte, Löschung, Berichtigung und Gegendarstellung

Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat jeder Arbeitnehmer das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs zu beschweren.

<u>Die Beschwerde</u>

- bedarf keiner besonderen Form oder Einhaltung einer Frist und
- kann auf einem subjektiven Empfinden des Arbeitnehmers beruhen („*in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt*“)

Gemäß § 84 Abs. 2 BetrVG ist der Arbeitgeber nur dann verpflichtet, der Beschwerde abzuhelfen, wenn er sie für berechtigt erachtet und die Abhilfe in seinem Einflussbereich liegt. Welche Abhilfemaßnahme er konkret trifft, obliegt seiner Entscheidung.

Neben dem Beschwerderecht aus § 84 BetrVG besteht selbständig das Beschwerderecht aus § 85 BetrVG.


Und hier können Sie sich dann beschweren!
BETRIEBSRAD
© www.toonsup.com/proxodus

Erachtet der Betriebsrat als Gremium die Beschwerde für berechtigt, ist er verpflichtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken.

Erachtet auch der Arbeitgeber die Beschwerde für berechtigt, ist er verpflichtet, ihr abzuhelfen und trifft die Abhilfeentscheidung.

Erachtet der Arbeitgeber entgegen dem Betriebsrat die Beschwerde für nicht berechtigt, kann die Einigungsstelle angerufen werden.

Ist Gegenstand der Beschwerde ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers, kann die Einigungsstelle nicht angerufen werden; § 85 Abs. 2 Satz 3

Gemäß § 118 BetrVG finden die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend bspw. politischen, konfessionellen, karitativen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder Zwecken der Berichterstattung dienen keine oder nur eingeschränkte Anwendung. Hintergrund ist der besondere grundrechtliche Schutz der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und die Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung, Lehre und Meinungsäußerung und Berichterstattung (Art. 5 GG).

Eine Gewinnerzielung steht dem Tendenzzweck so lange nicht entgegen, als das Unternehmen vorrangig das Geistig-Ideelle voranstellt. Daher greift der Tendenzschutz (nur), wenn die Tendenzverfolgung unmittelbar und überwiegend ist. Besteht vorrangig die Absicht der Gewinnerzielung, greift der Tendenzschutz (auch dann) nicht, wenn mit dem Gewinn ein anderer Betrieb mit Tendenzzweck gefördert wird; vgl. Fitting BetrVG § 118 Rn. 12, 13 und GK-Weber BetrVG § 118 Rn. 58.

Ein Betrieb dient unmittelbar dem Tendenzzweck, wenn sein arbeitstechnischer Zweck selbst auf den Tendenzzweck ausgerichtet ist, die Tendenz also direkt beeinflusst und gestaltet wird. Eine Hilfsfunktion gegenüber einem anderen Tendenzbetrieb reicht nicht aus.

Ein Betrieb dient überwiegend dem Tendenzzweck, wenn die im Betrieb vorhandenen, eingesetzten personellen und sachlichen Betriebsmittel quantitativ mehrheitlich für den Tendenzzweck eingesetzt werden.

Beispiele aus der Praxis[1]:

Tendenzbetrieb (+) bspw. Max-Planck-Institute, Deutsches Rotes Kreuz, Bergwacht, Werkstatt für Behinderte

Tendenzbetrieb (-) bspw. Universitätsbibliothek, Blutspendedienst des DRK, Landessportverband (Funktionäre)

[1]Fitting BetrVG § 118 Rn. 18, 21 und GK-Weber BetrVG § 118 Rn. 61

Rechtsfolge des bestehenden Tendenzschutzes ist, dass die Vorschriften zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats nach dem BetrVG nur eingeschränkt (in Abstufung[1]) Anwendung finden.

1. Die Regelungen zum Wirtschaftsausschuss finden keine Anwendung (§§ 106 – 110 BetrVG)
2. Die Beteiligung bei Betriebsänderung (§§ 111, 112 BetrVG) beschränkt sich auf den Sozialplan
3. Im Übrigen bestehen Einschränkungen nur, wenn der Tendenzcharakter dies erfordert

Der Tendenzcharakter steht der Beteiligung des Betriebsrats entgegen, wenn die Maßnahme Tendenznähe hat und der betroffene Mitarbeiter Tendenzträger ist. Tendenzträger sind solche Mitarbeiter, deren Tätigkeit inhaltlich für den Tendenzzweck prägend ist. Dazu ist erforderlich, dass sie in bestimmender Weise auf die Tendenzverwirklichung maßgebenden Einfluss nehmen, nicht bloß mitwirken; vgl. BAG vom 20.04.2010, Az. 1 ABR 78/08.

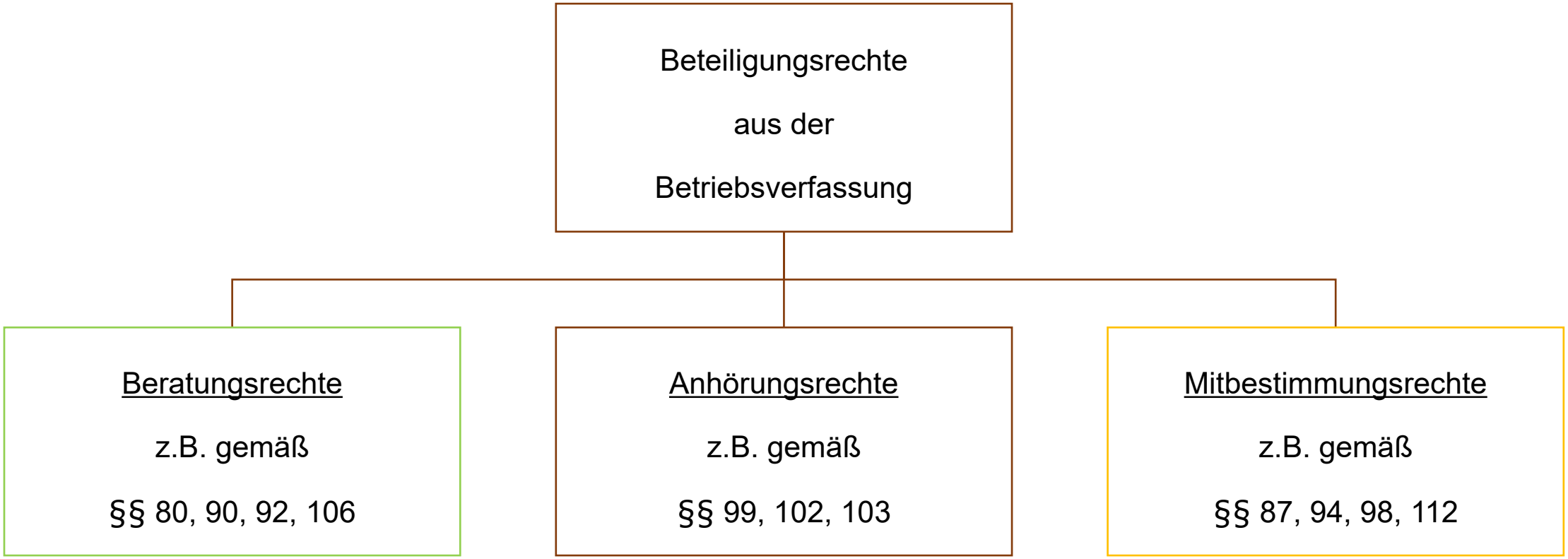
[1]Fitting BetrVG § 118 Rn. 29ff. und GK-Weber BetrVG § 118 Rn. 136

Tendenzbedingte Einschränkungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Überblick:

1. Organisatorische und allgemeine Vorschriften, insbesondere §§ 1 – 86a BetrVG:
   Einschränkungen sind kaum zu erwarten, weil keinerlei Tendenznähe besteht

2. Soziale Angelegenheiten gemäß § 87 BetrVG
   Einschränkungen sind selten, aber vorstellbar, z.B. Arbeitszeit / Ordnungsverhalten der Tendenzträger im Betrieb

3. Personelle Einzelmaßnahmen gemäß §§ 99, 102 BetrVG
   Einschränkungen bestehen bei tendenzbezogener Einstellung und Versetzung, weil der Betriebsrat zwar angehört wird, jedoch ein (echter) Widerspruch nicht vorgesehen ist.


Beteiligungsrechte
aus der
Betriebsverfassung
Beratungsrechte
z.B. gemäß
§§ 80, 90, 92, 106
Anhörungsrechte
z.B. gemäß
§§ 99, 102, 103
Mitbestimmungsrechte
z.B. gemäß
§§ 87, 94, 98, 112

## Allgemeine Aufgaben gemäß § 80 Abs. 1 BetrVG

- **Überwachung** der Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Vorschriften, z.B. TzBfG, EFZG, BDSG, ArbZG, MuSchG, Tarif oder BV
- **Antragsrecht** zu den jeweiligen Gegenständen des weiteren Katalogs gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 – 9 BetrVG
- Der Betriebsrat hat grundsätzlich keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch seines Überwachungs- und Antragsrechts; vgl. Fitting § 80 Rn 15
- Nur die Einhaltung einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede kann der Betriebsrat gerichtlich durchsetzen; vgl. Fitting § 77 Rn. 4, 7, 227

Unabhängig von der Unterrichtungsverpflichtung des Arbeitgebers gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 gewährt § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG dem Betriebsrat einen allgemeinen Auskunftsanspruch. Der Auskunftsanspruch gilt generell für alle dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben und ist nicht begrenzt auf die allgemeinen Aufgaben des Absatzes 1.

<u>Zur Durchsetzung des Auskunftsanspruchs hat der Betriebsrat</u>

- den Arbeitgeber zur Auskunft aufzufordern,
- unter konkreter Darlegung von Inhalt und Umfang der gewünschten Informationen und
- unter Darlegung des Aufgabenbezugs (zur Durchführung welcher BR-Aufgabe werden die Infos benötigt?)

Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über das Bestehen oder den Umfang der Informations- und Vorlagepflicht des Arbeitgebers entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren. Beachte die Spezialvorschrift § 109 BetrVG im Fall der Beteiligung des Wirtschaftsausschusses und seiner Informationsbegehren.

Sofern es nach erfolgter Auskunftserteilung gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG und ggf. Information durch Auskunftspersonen (Arbeitnehmerkollegen des Betriebs) gemäß § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG weitergehend erforderlich ist, kann der Betriebsrat mit Zustimmung des Arbeitgebers Sachverständige hinzuziehen; § 80 Abs. 3 BetrVG.

Der Arbeitgeber wird seine Zustimmung nur erteilen, wenn der Betriebsrat einen ordnungsgemäßen Beschluss

- zur Person des Sachverständigen (die Auswahl des Sachverständigen obliegt dem Betriebsrat),
- zum konkreten Beratungsthema (Informationen sind zur Durchführung notwendig und nicht anders zu erlangen),
- und zu den angemessenen und erforderlichen[1] Kosten gefasst hat.

Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Zusammenhang mit der Hinzuziehung eines Sachverständigen entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren.

[1]beachte: BGH vom 25.10.2012, Az. III ZR 266/11 u. Fitting § 1 Rn. 209ff. Haftung des BR-Vorsitzenden wegen nicht erforderlicher Sachverständigenkosten

## § 40 BetrVG „Prozessanwalt“

Der Betriebsrat beabsichtigt einen Rechtsanwalt als Vertreter vor Gericht zu mandatieren:

- ✓ wirksamer Betriebsratsbeschluss
- ✓ Angemessenes Honorar
- ✓ keine offensichtlich mutwillige oder erfolglose Rechtsverfolgung

## § 80 Abs. 3 „Berateranwalt“

Der Betriebsrat beabsichtigt einen Rechtsanwalt als außergerichtlichen Sachverständigen hinzuzuziehen:

- ✓ wirksamer Betriebsratsbeschluss
- ✓ Angemessenes Honorar
- ✓ Erforderlichkeit zur Erledigung der Betriebsratsaufgaben
- ✓ Einwilligung des Arbeitgebers

Um das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß einzuleiten, hat der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dem Betriebsrat alle erforderlichen Informationen (auch mündlich möglich; vgl. Fitting § 99 Rn. 181) zukommen zu lassen, damit dieser ohne Eigenrecherche überprüfen kann, ob ein Widerspruchsgrund nach Abs. 2 vorliegt. Ist die Unterrichtung unvollständig oder wahrheitswidrig, ist das Verfahren nicht ordnungsgemäß eingeleitet, läuft keine Wochenfrist;

vgl. Fitting § 99 Rn. 162, 177 – aber Rn. 269 (!).

Erforderliche Mindestangaben sind vgl. Fitting § 99 Rn. 174, 178a:

- Personalien des Betroffenen
- Bei Einstellung, Bewerbungsunterlagen aller Bewerber; vgl. BAG Vom 21.10.2014, Az. 1 ABR 10/13
- Beginn, Umfang und Dauer der Maßnahme
- Konkrete Eingruppierung, wenn ein tarifliches oder betriebliches Lohngefüge existiert
- Persönliche und fachliche Eignung des Betroffenen
- Bei Leiharbeitnehmern: die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis des Verleihers

Eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anhörungspflichtige Einstellung liegt vor; vgl. Fitting § 99 Rn. 33,

- wenn eine Person in den Betrieb derart eingegliedert wird,
- um mit den bereits beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs
- durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.

Auf das dieser Eingliederung und faktischen Beschäftigung zugrundeliegende Vertragsverhältnis kommt es nicht an. Eine anhörungspflichtige Einstellung kann daher auch für Fälle notwendig werden, in denen zwischen dem zu Beschäftigenden und dem Einsatzarbeitgeber kein Arbeitsverhältnis oder ein anderweitig tituliertes, aber faktisch nicht derart gelebtes Beschäftigungsverhältnis besteht; bspw. Leiharbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 AÜG), vertragswidrig weisungsgebunden beschäftigte freie Mitarbeiter oder Stipendiaten; vgl. Fitting § 99 Rn. 33, 33a, 73.

Der formale Akt der Vertragsunterzeichnung ist keine anhörungspflichtige Einstellung; vgl. Fitting § 99 Rn. 30f. (str.)

Anhörungspflichtige Einstellungen liegen in folgenden Gestaltungen vor; vgl. Fitting § 99 Rn. 34 – 78

- Neueinstellung einer Person, unabhängig von Teil- oder Vollzeit, befristet oder unbefristet, auch Minijob
- Verlängerung eines befristeten Vertrags oder dessen Umwandlung in einen unbefristeten
- Wesentliche Aufstockung der vertraglichen Arbeitszeit um mindestens zehn Stunden
- Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach Beendigung der Ausbildung

Keine Einstellung liegt in folgender Gestaltung vor:

- Weisungsfrei eingesetzte freie Mitarbeiter oder Stipendiaten
- Weisungsfrei eingesetzte Werk- oder Dienstleister
- Rückkehr nach ruhendem Arbeitsverhältnis (Elternzeit, Langzeiterkrankung, Pflegezeit, Kündigungsstreit)
- Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit
- Verringerung der vertraglichen Arbeitszeit (Wechsel in Teilzeit)

Eingruppierung ist die erstmalige Einreihung eines Arbeitnehmers in das bestehende kollektive (tarifliche oder betriebliche) Entgeltschema. Neueinstellungen sind daher stets mit einer Eingruppierung verbunden, wenn der Betroffene nach dem Entgeltschema vergütet werden soll. Besteht in einem Betrieb kein kollektives Entgeltschema, kann keine Eingruppierung erfolgen; vgl. Fitting § 99 Rn. 79, 79a.

Umgruppierung ist die Änderung der Einreihung in das Entgeltschema, basierend auf der Feststellung, dass der Arbeitnehmer aufgrund der ausgeübten Tätigkeiten nicht (nicht mehr) in die bisherige Entgeltgruppe gehört, sondern in eine andere. Dies ist nicht zwingend mit einer höheren/niederen Vergütung verbunden; vgl. Fitting § 99 RN. 104.

Auch die Feststellung, dass ein Arbeitnehmer aufgrund der ausgeübten Tätigkeiten aus dem Entgeltschema in eine AT-Beschäftigung zu überführen ist, löst eine anhörungspflichtige Umgruppierung aus; ebenso der umgekehrte Fall; vgl. Fitting § 99 Rn. 113.

Gemäß § 95 Abs. 3 BetrVG liegt eine Versetzung bei tatsächlicher Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs vor, die (1. Variante) länger als einen Monat andauert oder (2. Variante) -auch bei kürzer Dauer- mit erheblichen Änderungen der äußeren Umstände verbunden ist, unter denen der Betroffene die Arbeit zu leisten hat; vgl. Fitting § 99 Rn. 123.

Um eine anhörungspflichtige Versetzung in 1. Variante auszulösen, muss der Arbeitsbereich wesentlich geändert werden (> 1 Mo.), also das Gesamtbild der Tätigkeit. Die zukünftigen Tätigkeiten werden am räumlichen, technischen und organisatorischen Inhalt mit der bisherigen Tätigkeit verglichen; vgl. Fitting § 99 Rn. 124, 125.

Um eine anhörungspflichtige Versetzung in 2. Variante auszulösen, müssen sich die äußeren Umstände, unter denen die Arbeit zu leisten ist, wesentlich ändern. Relevanz erlangen wesentliche Änderungen im Bereich des Arbeitsorts, der Arbeitsweise (z.B. Kälte, Lärm; Schichtdienst) oder der fachlichen Anforderungen; vgl. Fitting § 99 Rn. 136.

Als anhörungspflichtige Versetzung wurden bspw. anerkannt; vgl. Fitting § 99 Rn. 127, 134, 139b:

- Reinigungskraft zum Pförtner, Fahrer zum Lagerverwalter, Stewardess zum Check-in-Terminal
- Widerruf Homeoffice zur Rückkehr an den betrieblichen Arbeitsplatz; vgl. LAG Düsseldorf vom 10.09.2014, Az. 12 Sa 505/14
- Kurzfristiger Ortswechsel Köln – Berlin oder zum 160km entfernten Arbeitsort
- Aus-/Eingliederung des Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb des Unternehmens oder Konzerns (str.)

Als Versetzung werden nicht anerkannt:

- Wechsel des Vorgesetzten oder Kollegen
- Änderung der Lage der Arbeitszeit (auch nicht bei Wechsel in oder aus Schichtdienst)
- Freistellung eines Arbeitnehmers von der Arbeitsverpflichtung
- Kurzzeitiger Einsatz in einer anderen Filiale derselben Gemeinde

Liegt eine anhörungspflichtige personelle Einzelmaßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor, und hat der Arbeitgeber das Anhörungsverfahren durch vollständige Unterrichtung ordnungsgemäß eingeleitet, hat der Betriebsrat innerhalb Wochenfrist gemäß § 99 Abs. 3 BetrVG zu reagieren:

- Zustimmung zur Maßnahme – formlos möglich (bspw. per Telefon, E-Mail etc.)
- faktisches Nichtstun – durch Ablauf der Wochenfrist gilt die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG
- Verweigerung der Zustimmung – schriftlich[1] unter ausführlicher Angabe der Gründe; § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG

Der Betriebsrat muss im Fall der Zustimmungsverweigerung eine ausführliche Darstellung der Verweigerungsgründe vornehmen, die sich konkret am Widerspruchskatalog des § 99 Abs. 2 BetrVG orientiert, ohne Paragrafen zitieren zu müssen.

[1]E-Mail kann ausreichend sein; vgl. BAG vom 10.03.2009, Az. 1 ABR 93/07 und Fitting § 99 Rn. 260b

Die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG berechnet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB zur Frist- und Terminsbestimmung gemäß §§ 186ff. BGB.

Gemäß § 187 Abs. 1 BGB wird der Tag, an dem die Unterrichtung zur personellen Einzelmaßnahme dem Betriebsrat zugeht, nicht mitgerechnet. Die Frist beginnt demnach am darauffolgenden Tag um 0:00 Uhr zu laufen.

Gemäß § 188 Abs. 2 BGB endet die Frist eine Woche später um 24:00 Uhr an dem Tag, der seiner Benennung nach dem Tag entspricht, an dem die Unterrichtung erfolgt ist; vgl. Fitting § 99 Rn. 265; Palandt/Ellenberger § 188 Rn. 2.

Gemäß § 193 BGB enden Fristen nicht an einem Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, unabhängig davon, ob es sich um einen Fünf-/ Sechs- oder gar Siebentagebetrieb handelt. § 193 BGB gilt jedoch nur für das Fristende, nicht für den Fristanfang.

Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn die Maßnahme als solche gegen eine Norm (Gesetz, Verordnung etc.) verstoßen würde, der Normzweck daher nur erreicht wird, wenn die Maßnahme insgesamt unterbleibt. Kein Widerspruchsgrund ist gegeben, wenn nicht die Beschäftigung als solche normwidrig ist, sondern lediglich einzelne Arbeitsbedingungen (z.B. gesetz- oder tarifwidrige Vergütung); vgl. Fitting § 99 Rn. 189, 189a.

<u>Ein Widerspruch kommt bspw. in Betracht bei Verstoß gegen</u>

- ✓ § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung)
- ✓ §§ 3, 4, 6, 8 MuSchG (Beschäftigungsverbote werdender Mütter und Mehr-/Nachtarbeitsverbot)
- ✓ §§ 7ff. GefStoffV (Gefährdung der Gesundheit und Sicherheit durch Gefahrenstoffe
- ✓ § 164 Abs. 1 SGB IX (Prüfpflicht bei Stellenbesetzung zugunsten Schwerbehinderter)
- ✓ § 16d SGB II (wenn Ein-Euro-Jobber nicht mit zusätzlichen Aufgaben betreut werden soll)

Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn durch die Maßnahme anderen Arbeitnehmern sonstige wesentliche Nachteile drohen; vgl. Fitting § 99 Rn. 220.

<u>Ein Widerspruch kommt bspw. in Betracht</u>

- ✓ Einstellung zu Lasten eines gemäß § 9 TzBfG begünstigten Arbeitnehmers
- ✓ Einstellung zu Lasten eines gemäß § 8 TzBfG Teilzeit verlangenden Arbeitnehmers
- ✓ Einstellung zu Lasten bereits befristet beschäftigter Arbeitnehmer; vgl. 2. Halbsatz
- ✓ Versetzung zu Lasten übriger Arbeitnehmer (Abteilung), z.B. durch Intensivierung der Arbeit / Überstundenlast

- – Kein Nachteil bei Einstellung zu Lasten interner Bewerber unter Versagung deren beruflicher Entwicklung/Karriere, soweit nicht ein Rechtsanspruch darauf besteht.

Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn durch die Maßnahme dem Betroffenen selbst eine Benachteiligung droht; vgl. Fitting § 99 Rn. 220.

<u>Ein Widerspruch kommt bspw. in Betracht bei Verschlechterung der</u>

- ✓ Äußeren Arbeitsbedingungen (Wegezeiten, Lärm, Schmutz etc.)
- ✓ Materiellen Arbeitsbedingungen (finanzielle Nachteile; Verlust von Vergünstigungen „Kantine“)

- – Keine Benachteiligung bei rechtlich korrekter Umgruppierung, auch nach unten; vgl. Fitting § 99 Rn. 242.
- – Keine Benachteiligung bei Neueinstellung; vgl. Fitting § 99 Rn. 245.

Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn der Arbeitgeber eine Einstellung entgegen vorherigem Verlangen des Betriebsrats ohne oder mit erheblich mangelbehafteter innerbetrieblicher Ausschreibung (§ 93 BetrVG) durchführen will; vgl. Fitting § 99 Rn. 247.

Ein Widerspruch kommt bspw. in Betracht, wenn der Arbeitgeber vor der Besetzung des Arbeitsplatzes

- ✓ trotz vorherigen Verlangens des Betriebsrats nicht ausgeschrieben hat oder
- ✓ die Ausschreibung zwar erfolgte, aber mit wesentlichen Mängeln behaftet ist; vgl. Fitting § 99 Rn. 247b.

Wesentliche Mängel der Ausschreibung können sein:

- Unangemessen kurze Ausschreibung und Bewerbungsfrist
- Falschangaben / Desinformation über wesentliche Mindestangaben zur Tätigkeit und Qualifikationsanforderung

Gemäß § 93 BetrVG hat der Betriebsrat ein Recht, den Arbeitgeber aufzufordern, dass Stellen, die besetzt werden sollen, innerbetrieblich ausgeschrieben werden. Hierzu ist ein einfacher Betriebsratsbeschluss notwendig und die entsprechende Mitteilung/Aufforderung an den Arbeitgeber.

Das Verlangen des Betriebsrats zur innerbetrieblichen Ausschreibung (§ 93 BetrVG) verpflichtet den Arbeitgeber,

- Stellen, die durch Neueinstellung oder Versetzung besetzt werden sollen, innerbetrieblichen auszuschreiben,
- im Fall externer Stellenausschreibung zeitgleich und inhaltsgleich auch intern auszuschreiben.

Das Verlangen des Betriebsrats zur innerbetrieblichen Ausschreibung verpflichtet den Arbeitgeber allerdings nicht,

- neben der internen Stellenausschreibung zwingend auch extern auszuschreiben,
- zunächst nur intern auszuschreiben und erst mangels geeigneter Bewerber extern auszuschreiben,
- Internen Bewerbern gegenüber externen Bewerbern den Vorzug bei der Einstellung einzuräumen

Trotz des Ausschreibungsverlangens kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei entscheiden über

- Inhalt (Stellenbeschreibung, Anforderungen an die Bewerber und Form ihrer Bewerbung),
- Form (wie und an welcher Stelle im Betrieb wird ausgeschrieben, Intranet, schwarzes Brett etc.) und
- Frist zur Einreichung geeigneter Bewerbungsunterlagen)

Dieser Regelungsgegenstand unterliegt nicht der Beteiligung des Betriebsrats, so dass hierzu lediglich eine freiwillige Betriebsvereinbarung angeboten und abgeschlossen werden kann; vgl. Fitting § 93 Rn. 9.

Unterlässt der Arbeitgeber trotz vorheriger Aufforderung die innerbetriebliche Ausschreibung gänzlich oder führt er diese mangelhaft durch, kann der Betriebsrat im Rahmen der folgenden Anhörung der Einstellung oder Versetzung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG wirksam widersprechen; vgl. Fitting § 99 Rn. 247a.

Will der Arbeitgeber eine personelle Einzelmaßnahme i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG durchführen, muss er zuvor die Zustimmung des Betriebsrats einholen.

Will der Betriebsrat die personelle Einzelmaßnahme verhindern, muss er innerhalb Wochenfrist der Maßnahme schriftlich begründet widersprechen.

Will der Arbeitgeber die personelle Einzelmaßnahme dennoch durchsetzen, muss er zunächst die gerichtliche Zustimmung erwirken; § 99 Abs. 4 BetrVG.

Will der Arbeitgeber die personelle Einzelmaßnahme sofort durchsetzen, kann er sich wegen dringender Erforderlichkeit auf § 100 BetrVG berufen.

Will der Betriebsrat die vorläufige Umsetzung der Maßnahme verhindern, muss er die Dringlichkeit unverzüglich bestreiten; § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

Will der Arbeitgeber die Maßnahme vorläufig dennoch aufrechterhalten, muss er innerhalb von 3 Tagen ein gerichtliches Verfahren einleiten.

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Ein-/Umgruppierung und Versetzung anzuhören und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen.

Der Arbeitgeber darf die Maßnahme demnach erst dann durchführen, wenn der Betriebsrat

- seine Zustimmung ausdrücklich erteilt hat,
- die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG widerspruchslos verstrichen ist,
- der Arbeitgeber sich wegen besonderer Dringlichkeit auf § 100 BetrVG berufen hat oder
- die Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich ersetzt wurde.

Setzt der Arbeitgeber die Maßnahme entgegen dieser Vorgaben um, ohne den Betriebsrat anzuhören oder trotz des Widerspruchs und ohne gerichtliche Ersetzung oder das Berufen auf Gründe des § 100 BetrVG, kann der Betriebsrat auf Unterlassung der Maßnahme gemäß § 101 BetrVG klagen.

Gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Arbeitgeberkündigung anzuhören und die Gründe der Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist bereits aus formalen Gründen unwirksam, auch wenn ein berechtigter Kündigungsgrund vorliegt; § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

Der Arbeitgeber muss vor Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer zunächst die Reaktion des Betriebsrats abwarten. Eine Kündigung vor Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG ist nur statthaft, wenn sich der Betriebsrat zuvor unmissverständlich abschließend[1] geäußert hat; vgl. Fitting § 102 Rn. 54.

Der Widerspruch des Betriebsrats hindert den Arbeitgeber nicht an der Möglichkeit, die Kündigung auszusprechen. Ob die Kündigung gerechtfertigt ist, auch vor dem Hintergrund einer ggf. fehlerhaften Beteiligung des Betriebsrats, ist im individualrechtlich geführten Kündigungsschutzprozess zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu klären.

[1]vgl. BAG vom 25.05.2016, Az. 2 AZR 345/15 zur Unwirksamkeit einer *verfrühten* Kündigung

Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG lehnt sich im Übrigen weitgehend am Verfahren der personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) an, insbesondere hinsichtlich der korrekten Einleitung der Anhörung durch den Arbeitgeber, der Fristbestimmung und den drei Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats.

Wesentlicher Unterschied ist, dass der Widerspruch des Betriebsrats den Arbeitgeber nicht am Ausspruch der Kündigung hindert, dieser auch kein Zustimmungsersetzungsverfahren gegen den Betriebsrat führen oder eine Dringlichkeit darstellen muss. Allein eine Abschrift des Widerspruchs ist dem Arbeitnehmer mit der Kündigung auszuhändigen, ohne dass dessen Versäumnis beachtlich ist; vgl. § 102 Abs. 4 BetrVG.

Will der Betriebsrat der Kündigung widersprechen oder Bedenken äußern, hat dies fristgerecht und schriftlich unter ausführlicher Darlegung der Gründe orientiert am Widerspruchskatalog des § 102 Abs. 3 BetrVG zu erfolgen. Der Betriebsrat hat das Recht, jedoch keine Verpflichtung, den betroffenen Arbeitnehmer vor seiner Stellungnahme anzuhören; § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG.

Zur korrekten Einleitung der Anhörung muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat alle wesentlichen Informationen und Hintergründe der Kündigung mitteilen. Dazu gehören insbesondere:

- Personalien des zu kündigenden Arbeitnehmers
- Bisherige Tätigkeit und Arbeitsplatz
- Kündigungsfrist bzw. Beendigungstermin
- Kündigungsgrund (betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt oder wichtiger Grund)
- Konkrete Beschreibung des Kündigungssachverhalts
- Angaben zur (fehlenden) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
- Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers (bei betriebsbedingter Kündigung)
- Angaben zu vergleichbaren Arbeitnehmern und deren Sozialdaten (bei betriebsbedingter Kündigung)
- Vorherige Abmahnungen oder arbeitsrechtliche Konsequenten (bei verhaltensbedingter Kündigung)

Der Widerspruch des Betriebsrats kann auf zwei wesentliche Säulen gestützt werden:

- § 102 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG tragen jeweils die Überlegung, dass der Arbeitgeber bei der Auswahl unter mehreren möglichen zu kündigenden Arbeitnehmern den „Falschen“ ausgewählt hat.
- § 102 Abs. 3 Nr. 3-5 BetrVG tragen die gemeinsame Überlegung, dass es keiner Kündigung bedarf, weil es für den Arbeitnehmer im Betrieb / Unternehmen eine konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gibt.

1

- Der Arbeitgeber kündigt ordentlich oder außerordentlich hilfsweise ordentlich; vgl. Fitting § 102 Rn. 104

2

- Der Betriebsrat hat der Kündigung ordnungsgemäß und fristgemäß widersprochen

3

- Der Arbeitnehmer erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage und beantragt Weiterbeschäftigung

## Kein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht:

- wenn der gekündigte Arbeitnehmer noch nicht länger als sechs Monate im Betrieb / Unternehmen beschäftigt ist; vgl. Fitting § 102 Rn. 107
- wenn der Arbeitgeber ausschließlich außerordentlich kündigt. Ausnahme: unkündbare Arbeitnehmer; vgl. Fitting § 102 Rn. 105
- wenn der Betriebsrat der Kündigung zustimmt oder die Zustimmungsfiktion durch Fristablauf eintreten lässt; vgl. Fitting § 102 Rn. 106

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Kündigung eines Amtsträgers, folgt das Anhörungsverfahren nicht § 102 BetrVG, sondern § 103 Abs. 1 BetrVG. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt für ordentliche Mitglieder des Betriebsrats, nicht für die Ersatzmitglieder; vgl. Fitting § 103 Rn. 5f.

Die Kündigung darf erst ausgesprochen werden, wenn der Betriebsrat zuvor ausdrücklich zugestimmt hat. Stimmt der Betriebsrat nicht zu oder äußert er sich nicht innerhalb der 3-Tagesfrist, kann keine wirksame Kündigung erfolgen; vgl. Fitting § 103 Rn. 41. Will der Arbeitgeber die Kündigungsmöglichkeit erreichen, muss er innerhalb von zwei Wochen (§ 626 Abs. 2 BGB) ein gerichtliches Zustimmungsersetzungsverfahren gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG einleiten.

Das Gericht wird die Zustimmung des Betriebsrats nur dann ersetzen, wenn es die außerordentliche Kündigung am Maßstab des § 626 BGB für gerechtfertigt hält. Die Kündigung ist erst nach Rechtskraft der Entscheidung möglich, und ist innerhalb von zwei Wochen auszusprechen; vgl. Fitting § 103 Rn. 46.

## Rechtstellung während des Ersetzungsverfahrens

Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist der betroffene Amtsträger Beteiligter des gerichtlichen Verfahrens. (zur präjudiziellen Wirkung; vgl. Fitting § 103 Rn. 47)

Da das Arbeitsverhältnis ungekündigt besteht, hat der Betroffene trotz Freistellung weiterhin einen Rechtsanspruch auf die Vergütung.

Der betroffene Amtsträger ist trotz Freistellung und ggf. erteiltem Hausverbot grundsätzlich[1] weiterhin zur Amtsausübung berechtigt; vgl.[1] Fitting § 103 Rn. 44

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Versetzung eines Amtsträgers gegen dessen Willen, und führt diese Versetzung zum Amtsverlust, bedarf diese personelle Einzelmaßnahme der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats; § 103 Abs. 3 BetrVG.

Die Versetzung kann erst vollzogen werden, wenn der Betriebsrat zugestimmt hat. Widerspricht der Betriebsrat, muss der Arbeitgeber, wenn er an der Versetzungsabsicht festhält, zunächst ein gerichtliches Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung gegen den Betriebsrat gemäß § 103 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 BetrVG einleiten.

Das Gericht ersetzt die Zustimmung des Betriebsrats, wenn die Versetzung unter Berücksichtigung des Amtsschutzes aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich ist. Die Versetzung ist nach Rechtskraft der Entscheidung möglich; vgl. GK-Raab BetrVG § 103 Rn. 87.

§ 101 BetrVG gilt analog; vgl. Fitting § 103 Rn. 71b.

## Wesentliche Grundsätze zur Mitbestimmung

- Keine betriebliche Mitbestimmung im Bereich des Gesetzes- und Tarifvorbehalts nach der sog. Vorrangtheorie; vgl. Fitting § 87 Rn. 59
- Mitbestimmung bedeutet Gleichberechtigung der Betriebspartner in der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit; vgl. Fitting § 87 Rn. , 578, 595
- Diese Gleichberechtigung räumt auch dem Betriebsrat ein Initiativrecht in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten ein; vgl. Fitting § 87 Rn. 583
- Die kollektivrechtliche Gleichberechtigung schlägt auf das Individualarbeitsrecht durch, sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung; vgl. Fitting § 87 Rn. 599

## Durchsetzung der Mitbestimmung

- Klage auf Unterlassung der Maßnahme, solange der Betriebsrat nicht zugestimmt hat; vgl. Fitting § 87 Rn. 596f., 610 und BAG vom 30.06.2015, Az. 1 ABR 71/13
- Wenn besondere Dringlichkeit besteht, kann die Unterlassung im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgt werden; vgl. Fitting § 87 Rn. 610
- Die inhaltliche Regelung der Angelegenheit ist den Betriebspartnern oder, im Falle des Scheiterns, der Einigungsstelle vorbehalten; vgl. Fitting § 87 Rn. 590

Nr. 1: Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb

Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, nicht das sog. Arbeitsverhalten; vgl. Fitting § 87 Rn. 64. Mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten meint die Tätigkeiten des Arbeitsnehmers, die ihm der Arbeitgeber aufgrund vertraglicher und gesetzlicher (§ 106 GewO) Leitungsmacht (Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung) anweisen darf; vgl. Fitting § 87 Rn. 65.

Beispiele mitbestimmten Ordnungsverhaltens können sein, Regelungen zur Einführung und Ausgestaltung von:

Taschenkontrollen, Werksausweis, Firmenparkplatz, Kleiderordnung, formalisierte Mitarbeitergespräche nach Krankenrückkehr, Nutzung des Internets oder E-Mail-Systems für private Zwecke, betriebsinterne Sprache, Anordnung zur vorzeitigen AU-Bescheinigung i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, vgl. BAG vom 23.08.2016, Az. 1 ABR 43/14,

Keine Mitbestimmung beim Verbot der Handynutzung während der Arbeitszeit; vgl. BAG vom 17.10.2023, Az. 1 ABR 24/22

offen, ggf. gleichfalls, bei Alkohol- und Rauchverbot oder Radiohören am Arbeitsplatz.

Nr. 2: Beginn und Ende der Arbeitszeit, Verteilung auf die Wochentage und Pausen

Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen die Grundsätze zur Verteilung der Arbeitszeit

- auf die einzelnen Wochentage; vgl. Fitting § 87 Rn. 106
  bspw. ob der Betrieb als 5- / 6- oder 7-Tagebetrieb geführt wird
- zu Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit; vgl. Fitting § 87 Rn. 112f.
  bspw. ob eine feste, gleitende oder Vertrauensarbeitszeit gilt
- Zur Lage und Dauer der Pausen; vgl. Fitting § 87 Rn. 118

Die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit unterliegt dagegen nicht der Mitbestimmung. Diese wird über den Tarif oder Arbeitsvertrag individualrechtlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt; vgl. Fitting § 87 Rn. 103.

Nr. 3: vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit

Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen die Grundsätze, ob überhaupt und wenn, in welcher konkreten Form

- Überstunden angeordnet werden; vgl. Fitting § 87 Rn. 142

  bspw. welche Arbeitnehmer an welchen Tagen in welchem Umfang herangezogen werden

- Kurzarbeit gefahren wird; vgl. Fitting § 87 Rn. 150

  bspw. welche Arbeitnehmer an welchen Tagen in welchem Umfang für welche Dauer betroffen sind

  strittig, von der Rechtsprechung abgelehnt: die Frage zur finanziellen Abmilderung; vgl. Fitting § 87 Rn. 153

Ob der einzelne Arbeitnehmer individualrechtlich verpflichtet ist, Überstunden oder Kurzarbeit zu leisten, unterliegt dagegen nicht der Mitbestimmung. Diese wird über den Tarif oder Arbeitsvertrag individualrechtlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt; vgl. Fitting § 87 Rn. 131.

Nr. 5: Urlaubsgrundsätze, Urlaubsplan und zeitliche Lage für einzelne Arbeitnehmer

Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen die Grundsätze zur Urlaubsbewilligung und ihre zeitliche Lage

- Allgemeine Urlaubsgrundsätze; vgl. Fitting § 87 Rn. 195f.
  bspw. ob und wann für welche Dauer Betriebsferien oder Urlaubssperren gelten
- Aufstellung eines Urlaubsplans; vgl. Fitting § 87 Rn. 201f.
  ob und wann eine Urlaubsplanung durch einzureichende Urlaubslisten erfolgt
- Festlegung der zeitlichen Lage des Urlaubs im Streitfall; vgl. Fitting § 87 Rn. 204f.

Die Dauer des jährlichen Urlaubs unterliegt dagegen nicht der Mitbestimmung. Dies wird über den Tarif oder Arbeitsvertrag individualrechtlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt; vgl. Fitting § 87 Rn. 212.

Nr. 6: Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen

Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt die Einführung sowie der Betrieb technischer Einrichtungen, die dazu geeignet (nicht: *bestimmt*; vgl. Fitting § 87 Rn. 226) sind, verhaltens- oder leistungsbezogene Daten der Arbeitnehmer zu erheben, weil damit ein erheblicher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte verbunden ist; vgl. Fitting § 87 Rn. 217f.

Von der Mitbestimmung umfasst sind folgende Aspekte; vgl. Fitting § 87 Rn. 248:

- Soll die Einrichtung überhaupt eingeführt bzw. weitergenutzt werden
- Festlegung des Verwendungszwecks
- Festlegung der Art und Weise ihrer Nutzung

Neben diesen Punkten sind in einer Betriebsvereinbarung bestenfalls die Grundsätze zu regeln, wer, wann unter welchen Voraussetzungen und Verfahren Zugang zu den gewonnenen Daten erhält und welche Rechte dabei dem Betriebsrat und dem Betroffenen einzuräumen sind.

Nr. 8 – Sozialeinrichtungen

Eine Sozialeinrichtung ist die zweckgebundene Vorteilsgewährung des Arbeitgebers an einen abstrakt festgelegten Personenkreis, die nicht unmittelbare Gegenleistung für erbrachte Arbeit ist; vgl. Fitting § 87 Rn. 335f.

Der Arbeitgeber hat erhebliche Entscheidungsfreiheit, kann daher mitbestimmungsfrei entscheiden über:

- Die Einführung oder Abschaffung einer Sozialeinrichtung (ob überhaupt)
- Den Zweck der zur Verfügung gestellten Sozialeinrichtung (was er erschafft)
- Den sog. Dotierungsrahmen (finanziellen Aufwand, den er bereithält oder fortlaufend einsetzt)
- Den begünstigten Personenkreis

Der Mitbestimmung unterliegt die Ausgestaltung und Verwaltung der Sozialeinrichtung; bspw. Öffnungszeit, Angebot und Preise einer vom Arbeitgeber bezuschussten Kantine; vgl. Fitting § 87 Rn. 363f.; LAG Hamburg vom 07.06.2012, Az. 2 TaBV 4/12.

Nr. 9 – Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen

Das Mitbestimmungsrecht setzt voraus, dass der Wohnraum mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis zur Verfügung gestellt wird/wurde, als Werkmietwohnung, nicht als Werksdienstwohnung (§ 576b BGB); vgl. Fitting § 87 Rn. 384f.

Der Arbeitgeber hat erhebliche Entscheidungsfreiheit, kann daher mitbestimmungsfrei entscheiden über:

- Die Zurverfügungstellung von Werkmietwohnungen (ob überhaupt)
- Den sog. Dotierungsrahmen (finanziellen Aufwand, den er bereithält oder fortlaufend einsetzt)
- Den begünstigten Personenkreis

Der Mitbestimmung unterliegt die Zuweisung der Wohnungen (nach welchem Verfahren sie vergeben werden) und die Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen (Hausordnung, Mietzinsbildung, Mieterhöhung) und deren Kündigung; vgl. Fitting § 87 Rn. 390, 394, 399f.

Nr. 10, 11 – Betriebliche Lohngestaltung

Dem Betriebsrat steht bei der betrieblichen Lohngestaltung ein Mitbestimmungsrecht zu, um für eine kollektivrechtlich transparente und verteilungsgerechte Vergütung innerhalb der Belegschaft zu sorgen. Darunter fällt nicht die konkrete Lohnhöhe, aber die Grundsätze, nach denen sich die Löhne/Gehälter zusammensetzen; vgl. Fitting § 87 Rn. 407f.

Für die Frage, ob und wenn, in welchem Umfang das Mitbestimmungsrecht eingreift, ist die Vorfrage von erheblicher Bedeutung, ob der Betrieb tarifgebunden ist oder nicht. Die Tarifbindung kann sich normativ (§ 3 Abs. 1 TVG) oder aus Allgemeinverbindlichkeit des Tarifs (§ 5 TVG) ergeben; vgl. Fitting § 87 Rn. 410.

In tarifgebundenen Betrieben findet die Lohngestaltung regelmäßig über den Tarifvertrag selbst statt, so dass die Mitbestimmung wegen des Eingangssatzes des § 87 Abs. 1 BetrVG auf übertarifliche Leistungen begrenzt sein wird. Will der Arbeitgeber übertarifliche Leistungen erbringen, besteht das Mitbestimmungsrecht unberührt.

Nr. 10, 11 – Betriebliche Lohngestaltung

Im Betrieb eines tarifungebundenen Arbeitgebers setzt das Mitbestimmungsrecht -ohne Tarifvorbehalt- ungekürzt ein.

Da die Lohnhöhe nicht der Mitbestimmung unterliegt, hat die geforderte Gestaltung aufkommensneutral zu sein;

vgl. Fitting § 87 Rn. 411.

Der Mitbestimmung unterliegt bspw.:

- Gesamtvergütung (aus welchen Bestandteilen setzt sich der Lohn zusammen)
- Vergütungsstruktur (Verhältnis der einzelnen Bestandteile und ihre Gewichtung zueinander)

Bei leistungsorientierten Bestandteilen unterfällt der Mitbestimmung bspw.:

- Das Bewertungssystem (welche Kriterien werden herangezogen und wie zueinander gewichtet)
- Das technische Verfahren zur Bewertung des einzelnen Arbeitnehmers

Nr. 14 – Ausgestaltung mobiler Arbeit unter Einsatz von Informations- und Telekommunikationstechnik

Das Mitbestimmungsrecht setzt voraus, dass der Arbeitgeber (mitbestimmungsfrei) entschieden hat, mobiles Arbeiten für alle oder bestimmte Beschäftigungsgruppen anzubieten und zu ermöglichen. Ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Durchsetzung mobiler Arbeit gegen den Willen des Arbeitgebers besteht (weiterhin) nicht.

Mitbestimmt ist die Ausgestaltung mobiler Arbeit, bspw.:

- für welche Beschäftigungsgruppen das Angebot gemacht werden kann und soll,
- in welchem zeitlichen Umfang mobil gearbeitet werden kann,
- welche technische Ausstattung notwendig ist,
- zeitliche Erreichbarkeit des mobil arbeitenden Mitarbeiters

➢ Typwischerweise werden auch Kostenaufwandsentschädigungen geregelt, die allerdings nicht mitbestimmt sind!

Nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen Erhebungsbogen zum Arbeitsplatz, die ausschließlich Fragen zum Inhalt, Umfang, Organisation oder Sicherheit der Arbeit erfassen. Entsprechendes gilt für Fragebogen, die keine personenbezogenen / –beziehbare Daten erheben, weil es am Eingriff in das geschützte Persönlichkeitsrecht fehlt; vgl. Fitting § 94 Rn. 7.

Mitbestimmt ist die Einführung sowie Änderung und Festlegung des Verwendungszwecks von formularmäßig zusammengefassten Fragen oder standardisierten Verfahren, die ein Arbeitnehmer oder Bewerber beantworten oder durchlaufen soll, die Aufschluss über seine Person, Kenntnisse oder Fertigkeiten geben; vgl. Fitting § 94 Rn. 6, 9.

<u>Das Mitbestimmungsrecht umfasst</u>; vgl. Fitting § 94 Rn. 29ff.:

- ✓ den Inhalt – welche Fragen / Beurteilungskriterien werden zugelassen
- ✓ das Verfahren – welchem technischen Ablauf wird gefolgt; vgl. BAG vom 17.03.2015, Az. 1 ABR 48/13

Der Arbeitgeber hat gegenüber einem Bewerber oder Arbeitnehmer einen Anspruch auf korrekte Beantwortung einer Frage, wenn sie zulässig ist. Zulässig sind Fragen, deren Beantwortung für den Arbeitgeber notwendig sind, um seine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten zu erfüllen oder an deren Beantwortung er unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen ein überwiegendes Interesse geltend machen kann; vgl. Fitting § 94 Rn. 16.

- ✓ Ausbildung, Qualifikation, Fertigkeiten und Kenntnisse, beruflicher Werdegang
- ✓ Bereitschaft zur Versetzung, zeitlicher Flexibilität
- ➢ Arbeitsplatzerhebliche Vorstrafen oder gesundheitliche Einschränkungen; vgl. Fitting § 94 Rn. 19, 25
- ➢ Schwerbehinderung nach 6-monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses; vgl. BAG vom 16.02.2012, Az. 6 AZR 553/10
- ➢ Schwangerschaft oder familiäre Situation nur im bestehenden Arbeitsverhältnis; vgl. Fitting § 94 Rn. 20, 22
- – Privatbereich: Hobbys, Konsumverhalten von Alkohol & Zigaretten, sexuelle Ausrichtung; vgl. Fitting § 94 Rn. 20, 25

Gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann im Fall einer nicht beizulegenden Meinungsverschiedenheit zwischen den Betriebspartnern die Einigungsstelle angerufen werden. Diese kann gemäß § 76 Abs. 6 BetrVG in allen Fällen, unabhängig vom zugrunde liegenden Beteiligungsrecht, angerufen werden, wenn beide Seiten damit einverstanden sind. Gegen den Willen des Anderen kann sie gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG nur in Angelegenheiten angerufen werden, in denen der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt.

Liegt der Meinungsverschiedenheit ein Beteiligungsrecht zugrunde, für den der Spruch der Einigungsstelle die Einigung der Betriebspartner ersetzt (i.d.R. Mitbestimmungsrechte; vgl. bspw. § 87 Abs. 2 BetrVG), kann jede Seite seinen Betriebspartner hierzu in Verhandlungen und den Abschluss oder Neuabschluss einer bestehenden Regelung zwingen, wenn die bisherigen Verhandlungen allein aus seiner Sicht gescheitert sind oder der Andere die Aufnahme von Verhandlungen ausdrücklich verweigert; vgl. Fitting § 76 Rn. 61.

Will der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen, weil aus seiner Sicht die Verhandlungen zu einer mitbestimmten Angelegenheit (bspw. Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit) gescheitert sind, ist wie folgt vorzugehen:

1. Der Betriebsrat beschließt in einer Sitzung, dass die Verhandlungen zum Abschluss der BV gleitende Arbeitszeit gescheitert sind und weitergehend, dass hierzu die Einigungsstelle unter Vorsitz von …(Name, Anschrift) und jeweils …(Anzahl) Beisitzern für jede Seite angerufen wird.

2. Anschließend erfolgt die Mitteilung des gefassten Beschlusses an den Arbeitgeber verbunden mit der fristgebundenen Bitte / Aufforderung zur Zustimmung der Einleitung des Einigungsstellenverfahrens zum Thema BV gleitende Arbeitszeit in der Verwaltung unter dem Vorsitz von … und jeweils … Beisitzern.

3. Stimmt der Arbeitgeber zu, wird das Verfahren eingeleitet. Stimmt er nicht zu, gilt § 76 Abs. 2 Satz 2, 3 BetrVG.

# Ablauf der Einigungsstelle zur Lösungsfindung

Gemäß § 76 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird die Einigungsstelle unverzüglich tätig. Gelingt eine einvernehmliche Lösung der Meinungsverschiedenheit, wird das Ergebnis schriftlich festgehalten und fortan im Betrieb umgesetzt.

Kommt es trotz der Moderation des Vorsitzenden zu keiner Einigung, folgt die Beschlussfassung, sog. Spruch der Einigungsstelle. Bei der 1. Abstimmung enthält sich der Vorsitzende der Stimme; § 76 Abs. 3 Satz 3 BetrVG.

Die Beschlüsse werden mit Stimmenmehrheit gefasst. Konnte eine solche in 1. Abstimmung nicht erreicht werden, nimmt der Vorsitzende an der erneuten Abstimmungen teil; § 76 Abs. 3 Satz 2, 3 BetrVG.

# Kollektivrechtliche Eskalationsstufen

**1**

- **gerichtliches Beschlussverfahren**
- bspw. Anträge gemäß § 99 Abs. 4, § 101, § 87 Abs. 1, § 40 BetrVG

**2**

- **gerichtliches Beschlussverfahren**
- gemäß § 23 Abs. 1 oder § 23 Abs. 3 BetrVG

**3**

- **behördliche Anzeige wegen Ordnungswidrigkeit oder Straftat**
- gemäß §§ 119, 120 (Straftaten) oder 121 (Ordnungswidrigkeiten) BetrVG

**=>**

- **Einigungsstellenverfahren gemäß §§ 76, 76a BetrVG**
- Angelegenheiten gemäß §§ 37, 38, 39, 47, 85, 87, 91, 94, 95, 97, 98, 109, 112 BetrVG; § 9 ASiG

Eine Betriebsvereinbarung ist ein privatrechtlicher kollektiver Vertrag der Betriebspartner; vgl. Fitting § 77 Rn. 13, 18, die gemäß § 77 Abs. 2 Satz 2 BetrVG von beiden Seiten zu unterzeichnen und vom Arbeitgeber gemäß Satz 3 im Betrieb an geeigneter Stelle auszulegen ist. Zur Formwirksamkeit bedarf es der beiderseitigen Unterschrift auf derselben Urkunde, ein Austausch einseitig unterschriebener Ausfertigungen (im Sinne des § 126 Abs 2 Satz 2 BGB) genügt ebenso wenig wie die elektronische Form; vgl. Fitting § 77 Rn. 21a., 21e. Ausnahme: Spruch der Einigungsstelle

Grenzen der Regelungsbefugnis ergeben sich aus

- dem Vorrang höherrangigen Rechts (z.B. Gesetz)
- der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG und dem Gesetzes- und Tarifvorbehalt (Eingangssatz § 87 BetrVG)
- den Individualrechten der Arbeitnehmer (z.B. § 75 BetrVG und der außerbetrieblichen privaten Lebensführung)

Eine Betriebsvereinbarung wirkt räumlich für den Betrieb des die Vereinbarung abschließenden Betriebsrats und kann nicht ohne Weiteres auf andere Betriebe erstreckt werden; vgl. Fitting § 77 Rn. 34. Entsprechendes gilt für den Abschluss durch den Gesamtbetriebsrat nach Delegation; § 50 Abs.2 BetrVG. Im Rahmen originärer Zuständigkeit gilt die Gesamtbetriebsvereinbarung für alle Betriebe des Unternehmens, auch für diejenigen ohne Betriebsrat.

Eine Betriebsvereinbarung wirkt persönlich für alle Arbeitnehmer des Betriebs, ausgenommen der in § 5 Abs. 2 benannten Personen und der leitenden Angestellten gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG. Sie kann funktional unter Beachtung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes eingegrenzt werden.

Der zeitliche Geltungsbereich kann von den Betriebspartnern festgelegt werden, auch rückwirkend, wenn damit für die Arbeitnehmer keine bereits zuvor zu erwartenden und erkennbaren ungünstigeren Regelungen eintreten; vgl. Fitting § 77 Rn. 43ff.

Eine Betriebsvereinbarung kann u.a. beendet werden durch

- Befristungsabrede (kalendarische Befristung und Zweckbefristung); vgl. Fitting § 77 Rn. 142
- schriftliche Aufhebungsvereinbarung; vgl. Fitting § 77 Rn. 143
- ordentliche und außerordentliche Kündigung durch einen der Betriebspartner; vgl. Fitting § 77 Rn. 151, 157.

Die Kündigung bedarf -soweit nichts anderes vereinbart ist- keiner Schriftform. Nur die außerordentliche Kündigung bedarf eines (wichtigen) Kündigungsgrunds. Es ist möglich, die Kündbarkeit in der Betriebsvereinbarung zu modifizieren und teils auszuschließen; vgl. Fitting § 77 Rn. 145.

Eine Betriebsvereinbarung endet dagegen nicht mit Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats, seiner Auflösung oder seines Wegfalls. Existiert kein Betriebsrat mehr, gelten die Regelungen gegenüber den Arbeitnehmern fort und können (nur) ihnen gegenüber gekündigt werden. Nachwirkung tritt nicht ein; vgl. Fitting § 77 Rn. 175.

Gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist ein Wirtschaftsausschuss zwingend zu bilden, wenn im Unternehmen ständig mehr als einhundert Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der Wirtschaftsausschuss ist auf Ebene des Unternehmens zu bilden, nicht auf Ebene der einzelnen Betriebe oder des Konzerns; vgl. Fitting § 106 Rn. 4. Kleinere Unternehmen können keinen Wirtschaftsausschuss bilden, Aufgaben der wirtschaftlichen Beteiligung allenfalls aufgrund freiwilliger Betriebsvereinbarung wahrnehmen oder Auskünfte über § 80 Abs. 2 BetrVG einholen; vgl. Fitting § 106 Rn. 22.

Gemäß § 107 Abs. 1 Satz 1 sind in den Wirtschaftsausschuss zwischen 3 und 7 Arbeitnehmer des Unternehmens zu bestellen, von denen eines Betriebsratsmitglied sein muss. Gemäß § 107 Abs. 2 BetrVG werden die Mitglieder vom Gesamtbetriebsrat bestellt; sofern ein solcher nicht besteht, vom Betriebsrat. Sie können jederzeit abberufen werden. Die Bestellung (jedes Mitglied gesondert) und Abberufung erfolgt durch einfachen Mehrheitsbeschluss im Gremium. Es besteht keine Vorgabe zum Minderheitsschutz, weder in Bezug auf das Geschlecht noch auf beteiligte Betriebe.

Gemäß § 107 Abs. 1 Satz 3 BetrVG sollen die Mitglieder die zu Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche fachliche und persönliche Eignung haben. Ausreichend ist, wenn sie die Bereitschaft mitbringen, sich in die unternehmenstypischen Themen der Finanzen, Wirtschaft und Technik einzuarbeiten, dieses Wissen anzueignen; vgl. Fitting § 107 Rn. 10.

§ 37 Abs. 6 BetrVG gilt unmittelbar nur für ordentliche Mitglieder des Betriebsrats, so dass strittig ist, ob die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses, die nicht gleichzeitig dem Betriebsrat angehören, Anspruch auf Schulungen haben. Dies wird überwiegend bejaht, insbesondere wenn keine bereits ausreichend befähigten Mitglieder für das Amt gewonnen werden konnten; vgl. Fitting § 107 Rn. 25.

Die Amtszeit eines Mitglieds im Wirtschaftsausschuss endet mit der Amtszeit des Betriebsrats, der ihn bestellt hat. Im Fall der Bestellung durch den Gesamtbetriebsrat endet die Amtszeit mit dem Ausscheiden der Mehrheit der Mitglieder des Gesamtbetriebsrats (ohne Rücksicht auf deren Stimmenzahlen); vgl. Fitting § 107 Rn. 19.

Rechtstellung der Mitglieder im Wirtschaftsausschuss

- Die Amtsausübung erfolgt unentgeltlich als Ehrenamt.
- Mitglieder des Wirtschaftsausschusses sind zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben ohne Minderung des Arbeitsentgelts freizustellen; § 37 Abs. 2 und 3 BetrVG gelten entsprechend; vgl. Fitting § 107 Rn. 24.
- Mitglieder des Wirtschaftsausschusses sind vom geschützten Personenkreis des § 15 KSchG nicht umfasst, genießen daher keinen besonderen Kündigungsschutz.
- Mitglieder des Wirtschaftsausschusses unterliegen der Geheimhaltungsverpflichtung gemäß § 107 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. § 79 BetrVG

Geschäftsführung und Aufgaben des Wirtschaftsausschusses

- Gemäß § 108 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG soll der Wirtschaftsausschuss einmal im Monat mit dem Vertreter des Unternehmens zur Beratung zusammentreten. Gesetzliche Vorschriften zur Einberufung oder Tagesordnung bestehen nicht; gleichfalls nicht die Verpflichtung zur Aufnahme eines Protokolls; vgl. Fitting § 108 Rn. 4, 5, 9.
- Die Bestellung eines Vorsitzenden ist möglich, aber nicht erforderlich; die von Ersatzmitgliedern sicherlich zweckmäßig; vgl. Fitting § 108 Rn. 3, § 107 Rn. 16.
- Der Wirtschaftsausschuss hat mit dem Unternehmer über alle wirtschaftlichen Angelegenheiten (§ 106 Abs. 3 BetrVG) zu beraten und dem Betriebsrat gemäß § 108 Abs. 4 BetrVG anschließend unverzüglich vollständig Bericht zu erstatten.
- Besteht Streit über den Umfang oder die zeitliche Erfüllung eines Auskunftsverlangens zu einer wirtschaftlichen Angelegenheit, kann der Betriebsrat im Fall gescheiterter Einigung mit dem Unternehmer die Einigungsstelle anrufen gemäß § 109 Satz 1 BetrVG; vgl. zur notwendigen Beschlussfassung im WA: LAG Düsseldorf vom 26.02.2016, 4 TaBV 8/16.

Plant das Unternehmen eine Betriebsänderung, ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplante Maßnahme mit dem Betriebsrat zu beraten; § 111 Satz 1 BetrVG.

Das Gesetz räumt dem Betriebsrat dabei unterschiedliche Beteiligungsrechte ein:

1. Rechtzeitige und umfassende Unterrichtung über die geplante Betriebsänderung
2. Hinzuziehung eines Sachverständigen gemäß § 111 Satz 2 bzw. § 80 Abs. 3 BetrVG
3. Beratungs- und Vorschlagsrecht zur geplanten Maßnahme
4. ggf. Verhandlung zum Abschluss eines Interessenausgleichs zu dieser Betriebsänderung
5. ggf. Verhandlung und Abschluss eines Sozialplans zur Abmilderung der folgenden wirtschaftlichen Nachteile

Voraussetzung dieser Beteiligungsrechte ist, dass eine Betriebsänderung im Sinne der §§ 111, 112 BetrVG vorliegt!

**Voraussetzungen einer Betriebsänderung**

- Im Unternehmen werden regelmäßig mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer (§ 5 BetrVG) beschäftigt
- In Umsetzung der geplanten Maßnahme können den Arbeitnehmern materielle oder immaterielle Nachteile entstehen
- Die möglichen Nachteile müssen zumindest für einen wesentlichen Teil der Belegschaft drohen; vgl. Quoten des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG
- Vorliegen eines geplanten wesentlichen Eingriffs in die betriebliche Organisation, Struktur, Standort, Tätigkeitsbereich, Arbeits-/Fertigungstechnik

§ 111 Satz 3 BetrVG bestimmt für die dort benannten Fälle das Vorliegen einer Betriebsänderung und fingiert insoweit mögliche Nachteile für einen wesentlichen Teil der Belegschaft. Der Beispielkatalog ist nicht abschließend, auch andere Maßnahmen können eine Betriebsänderung darstellen; vgl. Fitting § 111 Rn. 40, 62.

Nr. 1: Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile

- Unter Stilllegung versteht sich die von ernster Absicht getragene Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft; dauerhaften oder zumindest auf unbestimmte, wirtschaftlich nicht unwesentliche Zeit.
- Unter Einschränkung versteht sich die wesentliche Herabsetzung der Leistungsfähigkeit aufgrund Verringerung der sächlichen Betriebsmittel oder der Anzahl der Arbeitnehmer. Ein reiner Personalabbau stellt im Fall des Erreichens der Quoten des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG somit eine Betriebsänderung dar; vgl. Fitting § 111 Rn. 73ff.

Nr. 2: Verlegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile

- Unter Verlegung versteht sich die nicht nur geringfügige Veränderung der örtlichen Lage (Standort) des Betriebs. Dies wird bei einer Standortverlegung im Bereich von 5km durchaus diskutabel; vgl. Fitting § 111 Rn. 81.

⇒ Ob es im Anwendungsbereich der Nr. 1 und der Nr. 2 bzgl. des Begriffs „wesentlicher“ Betriebsteile neben der quantitativen Betrachtung gemäß § 17 KSchG auch zu einer qualitativen Betrachtung kommen kann, ist bisher offen; vgl. Fitting § 111 Rn. 70.

Nr. 3: Zusammenschluss und Spaltung von Betrieben

- Der Zusammenschluss zweier Betriebe kann in der Weise erfolgen, dass beide ihre Identität aufgeben und ein neuer Betrieb entsteht (Bsp.: A + B => C) oder in der Weise, dass ein Betrieb unter Wahrung seiner Identität den anderen aufnimmt (Bsp.: A + B => A).
- Die Spaltung eines Betriebs kann innerhalb des Unternehmens zur Entstehung eines oder mehrerer neuer selbständiger Betriebe führen; in Form der Abspaltung auch durch Ausgliederung unter Übertragung auf einen anderen Betriebsinhaber (§ 613a BGB) oder in Form der Aufspaltung zur Auflösung des bisherigen Betriebs unter Übertragung der neuen Betriebe auf neue Betriebsinhaber (§ 613a BGB).

An diese -häufig gesellschaftsrechtlich oder steuerrechtlich motivierten- Vorgänge sind erhebliche Konsequenzen für den oder die beteiligten Betriebsräte geknüpft. Wichtige Themen sind: § 21a Übergangsmandat, § 21b Restmandat, § 13 Abs. 2 BetrVG außerturnusgemäße Betriebsratswahlen.

Der Zusammenschluss von Betrieben

1. Unter Aufgabe ihrer jeweiligen Identität werden zwei oder mehrere Betriebe zu einem neuen zusammengefasst.

- Die Betriebsräte der Betriebe A und B üben für diese ein Restmandat gemäß § 21b BetrVG aus.
- Der Betriebsrat, der mehr wahlberechtigte Arbeitnehmer repräsentiert, nimmt für den neu gebildeten Betrieb C gemäß § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG das Übergangsmandat wahr.

2. Unter Aufrechterhaltung seiner Identität nimmt ein Betrieb den anderen (unter Verlust dessen Identität) auf.

- Der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs bleibt unverändert im Amt; vgl. BAG vom 21.01.2003, Az. 1 ABR 9/02
- Der Betriebsrat des aufgenommenen Betriebs übt für den untergegangenen Betrieb das Restmandat aus.
- Nur unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG werden Neuwahlen erforderlich.

Die Spaltung eines Betriebs

1. Unter Aufgabe seiner Identität wird der Betrieb in zwei oder mehrere neue Betriebe gespaltet (sog. Aufspaltung).

- Der Betriebsrat des aufgespalteten Betriebs übt für diesen das Restmandat gemäß § 21b BetrVG aus.
- Der Betriebsrat des aufgespalteten Betriebs nimmt für die neuen Betriebe das Übergangsmandat gemäß § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG wahr, sofern diese nicht in einen bestehenden Betrieb mit Betriebsrat eingegliedert werden.

2. Unter Aufrechterhaltung seiner Identität wird der Betrieb fortgesetzt, jedoch unter Abspaltung eines Betriebsteils.

- Der Betriebsrat bleibt für den fortgeführten Ursprungsbetrieb unverändert im Amt.
- Der Betriebsrat übt für den abgespalteten Betriebsteil das Restmandat aus, sofern dieser nicht in einen bestehenden Betrieb mit Betriebsrat eingegliedert wird.
- Nur unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG werden im fortgesetzten Ursprungsbetrieb Neuwahlen erforderlich.

Ein Übergangsmandat kann bei Zusammenschluss oder Spaltung von Betrieben und Betriebsteilen entstehen oder bei Umwandlung nach Umwandlungsgesetz.

Wesentliche Merkmale des Übergangsmandats sind:

- Der bisherige Betriebsrat bleibt in seiner personellen Zusammensetzung unverändert.
- Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats erfahren hierdurch keinerlei Einschränkungen.
- Das Übergangsmandat ist begrenzt auf sechs Monate und kann nur einvernehmlich mit dem Arbeitgeber um weitere 6 Monate verlängert werden; § 21a Abs. 1 Satz 3 BetrVG.
- Erste Aufgabe ist es, einen Wahlvorstand zu bestellen, um Neuwahlen einzuleiten; § 21a Abs. 1 Satz 2 BetrVG.
- Das Übergangsmandat wird gegenüber dem Arbeitgeber des neugebildeten Betriebs ausgeübt.

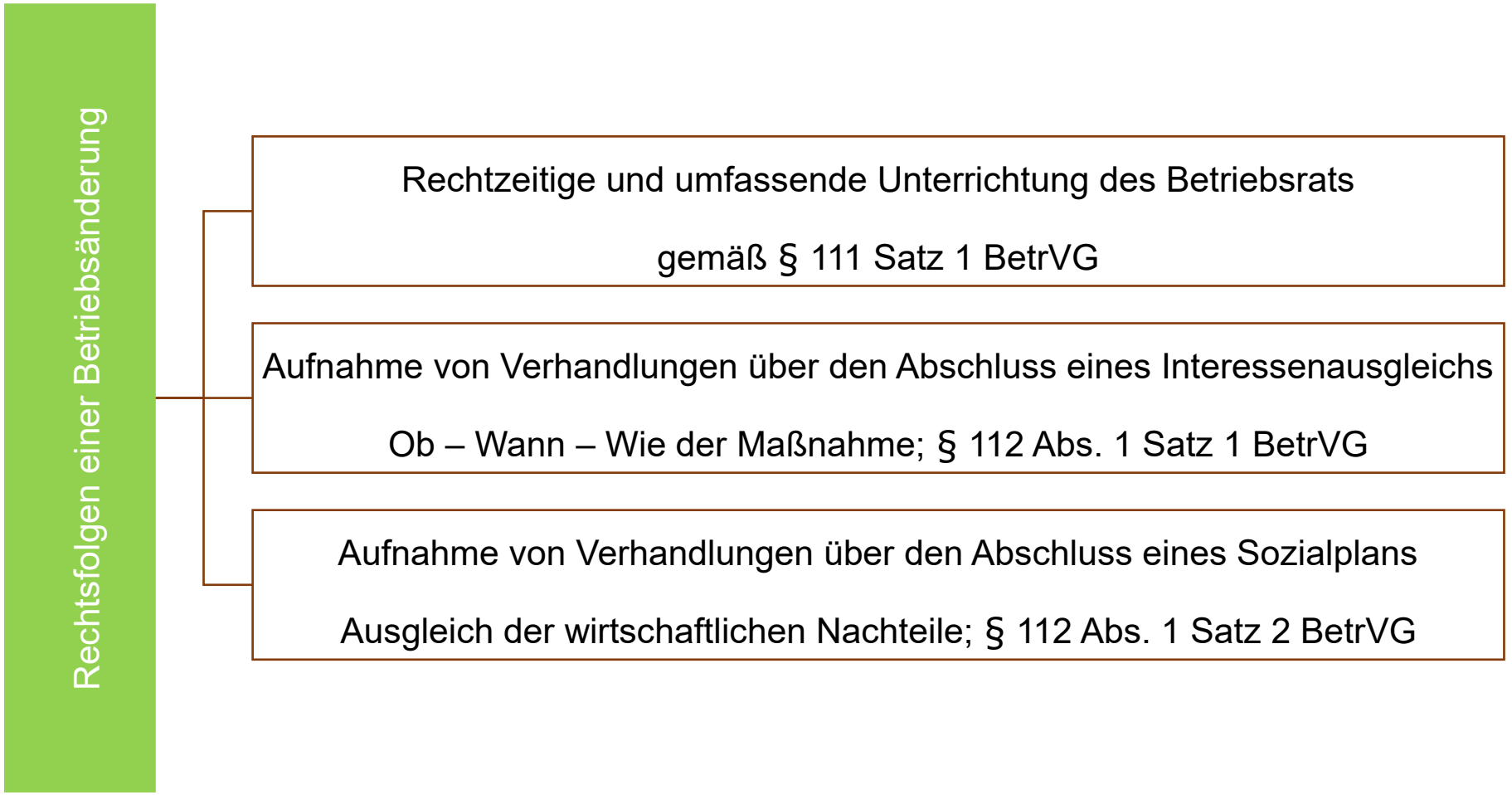
Ein Restmandat kann bei Stilllegung, Spaltung oder Zusammenschluss von Betrieben und Betriebsteilen entstehen und dient der Abwicklung des untergehenden Betriebs.

Wesentliche Merkmale des Restmandats sind:

- Der bisherige Betriebsrat bleibt in seiner personellen Zusammensetzung unverändert.
- Das Übergangsmandat wirkt, soweit und solange für den Betriebsrat des untergehenden Betriebs noch offener Regelungsbedarf besteht, insbesondere hinsichtlich des Abschlusses von Interessenausgleich und Sozialplan.
- Demnach wirkt es zeitlich (unbegrenzt) bis zum Abschluss der noch offenen Regelungspunkte, inhaltlich jedoch begrenzt auf die noch offenen Regelungspunkte.

Nr. 4: Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen

- Eine Änderung der Betriebsorganisation kann angenommen werden, wenn der Aufbau des Betriebs, insbesondere hinsichtlich Zuständigkeiten und Aufgaben geändert wird, bspw. durch Abbau von Hierarchien, De-/Zentralisierung, Neugliederung von Sparten und Abteilungen.
- Eine Änderung des Betriebszwecks kann angenommen werden, wenn der bisherige entweder völlig aufgegeben und ein neuer verfolgt wird oder der bisherige wesentlich geändert wird, bspw. durch eine wesentliche Erweiterung der bisherigen Produktpalette.
- Eine Änderung der Betriebsanlagen kann angenommen werden, wenn durch die Einführung der neuen Anlagen der Betriebsablauf, die Arbeitsweise oder die Arbeitsbedingungen erheblich geändert werden, bspw. verbunden mit einem technischen Sprung (nicht lediglich upgrade). Diese Änderung ist inhaltlich kaum von § 111 Satz 3 Nr. 5, der Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsverfahren zu unterscheiden; vgl. insgesamt Fitting § 111 Rn. 97.


Rechtsfolgen einer Betriebsänderung
Rechtzeitige und umfassende Unterrichtung des Betriebsrats
gemäß § 111 Satz 1 BetrVG
Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss eines Interessenausgleichs
Ob – Wann – Wie der Maßnahme; § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG
Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss eines Sozialplans
Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile; § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG

Der Betriebsrat ist über die geplante Betriebsänderung so frühzeitig zu unterrichten, Verhandlungen über einen Interessenausgleich sind alsbald aufzunehmen, dass der Betriebsrat Einfluss auf die Entscheidung des Ob, Wann und Wie der Maßnahme nehmen kann.

- Der Betriebsrat ist umfassend unterrichtet, wenn er allein aufgrund der vorgelegten Informationen und Unterlagen die Maßnahme der Betriebsänderung umfänglich erfassen und verstehen, und daraus eigene Vorstellungen und Anregungen erarbeiten kann.
- Der Betriebsrat ist rechtzeitig unterrichtet, wenn er seine erarbeiteten Vorstellungen und Anregungen mit dem Unternehmer zum Ob-Wann-Wie beraten und verhandeln kann, ohne dass auf Unternehmensseite die Maßnahme bereits abschließend entschieden ist.

# Verhandlungsverlauf zum Interessenausgleich

1. • Unterrichtung des Betriebsrats und Aufnahme von Verhandlungen über den Interessenausgleich; vgl. § 111 Satz 1, § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.
2. • Wird keine Einigung erzielt, kann die Bundesagentur für Arbeit (fakultativ) eingeschaltet oder die Einigungsstelle angerufen werden; vgl. § 111 Abs. 2 BetrVG.
3. • Scheitert/unterbleibt der Vermittlungsversuch durch die Agentur, sollte der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen, um Nachteilsausgleichsansprüche gemäß § 113 BetrVG zu vermeiden.
4. • Erreicht die Einigungsstelle kein Einvernehmen, kann der Unternehmer die Betriebsänderung -wie von ihm ursprünglich geplant- umsetzen; vgl. § 112 Abs. 4 BetrVG.

# Verhandlungsverlauf zum Sozialplan

1. • Unterrichtung des Betriebsrats und Aufnahme von Verhandlungen über den Sozialplan; § 111 Satz 1, § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.
2. • Wird keine Einigung erzielt, kann die Bundesagentur für Arbeit (fakultativ) eingeschaltet oder die Einigungsstelle angerufen werden; vgl. § 111 Abs. 2 BetrVG. Beachte § 112a BetrVG.
3. • Scheitert/unterbleibt der Vermittlungsversuch durch die Agentur, wird der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen und Vorschläge zur Einigung unterbreiten; § 112 Abs. 3 BetrVG.
4. • Erreicht die Einigungsstelle keine Einigung, wird der Sozialplan durch Spruch der Einigungsstelle festgesetzt; § 112 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG. Unter Beachtung von § 112 Abs. 5 BetrVG.

## Grundsätzliche Überlegungen zur Betriebsänderung und der Verhandlungssituation

- Ist die Maßnahme als solche diskutabel oder hat der Arbeitgeber klare Vorgaben (z.B. aus dem Konzern)
- Besteht Zeit- und Abschlussdruck auf Arbeitgeberseite – wie ist der vorgesehene Zeitplan zur Umsetzung
- Welches Szenario ist denkbar (realistisch), wenn sich keine Einigung finden lässt – Plan B des Arbeitgebers

## Konkrete Verhandlungsstrategie des Betriebsrats

- Was will der Betriebsrat maximal erreichen und wie realistisch ist das?
- Welche Teilergebnisse „muss“ der Betriebsrat erreichen?
- Auflistung verhandelbarer und nicht verhandelbarer Eckpunkte einer Regelung
- Bestehen Verknüpfungen zu anderen Regelungen – mögliche Kompensation in anderen Bereichen („do ut des“)
- Zeitplan des Betriebsrats
- Strategie und Handlungsmöglichkeiten in der Eskalation

**Sprinterregelung oder Turboprämie**

Darunter versteht man das Angebot des Arbeitgebers an die von Personalabbau betroffenen Arbeitnehmer zum durch Sonderzahlung prämierten Abschluss eines Aufhebungsvertrags oder Klageverzichts. Die Rechtsprechung sieht darin keine Kompensation für den Verlust des Arbeitsplatzes, so dass eine gesonderte (freiwillige) Betriebsvereinbarung abzuschließen ist; vgl. BAG vom 31.05.2005, Az. 1 AZR 254/04.

**Eintretende Arbeitslosigkeit als Bedingung für Sozialplanabfindung und Klageverzichtsklausel**

Im Rahmen des Sozialplans kann es rechtlich zulässig sein, den Anspruch auf Zahlung der Sozialplanabfindung davon abhängig zu machen, dass der betroffene Arbeitnehmer durch die Kündigung von Arbeitslosigkeit betroffen ist. Umgekehrt ist es nicht zulässig, einen Anspruch auf Zahlung aus einer Klageverzichtsklausel hiervon abhängig zu machen; vgl. BAG vom 08.12.2015, Az. 1 AZR 595/14.

Beim Betriebsübergang gemäß § 613a BGB wird ein Betrieb oder eigenständiger Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber übertragen. Wesen des Betriebsübergangs ist daher, dass der Betrieb(steil) in seiner Struktur und zur Verfolgung seines arbeitstechnischen Zwecks erhalten bleibt, lediglich nicht mehr vom alten, sondern einem neuen Inhaber fortgeführt wird.

Gehen bspw. durch Kaufvertrag die Betriebsanlagen, Know-how, Patente und Rezepte, Kundenbeziehungen und Verträge sowie wesentliche Teile der Belegschaft auf den Erwerber über, und führt dieser den arbeitstechnischen Zweck unter Erhalt und Verwendung dieser materiellen und immateriellen Betriebsmittel fort, liegt aller Voraussicht ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB vor.

- Ein Betriebsübergang kann wesentliche kollektivrechtliche Folgen haben, wenn er mit einer Betriebsänderung einhergeht, hat aber jedenfalls wesentliche individualrechtliche Folgen!

Wesentliche Voraussetzungen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB sind:

- Organisatorische Einheit (Betrieb / Betriebsteil)

  Eine bereits beim Veräußerer bestehende organisatorische Einheit von Personen und Sachmitteln unter einheitlicher Leitung; vgl. EuGH vom 06.03.0214, Az. C 458/12 ⇔ Problem bei dezentraler Aufgabenwahrnehmung

- Rechtsgeschäftliche Übernahme

  Es reicht der Übertragungsakt der Betriebsmittel zur eigenständigen Leitung an den Erwerber; ist daher sehr weit auszulegen; vgl. BAG vom 25.10.2007, Az. 8 AZR 917/06

- Fortführung der gleichen / gleichartigen Tätigkeit

  Unterschiedliche Betrachtung nach betriebsmittelintensiven und betriebsmittelarmen Einheiten

- Ohne wesentliche Unterbrechung

  Eine Unterbrechung von wenigen Wochen wird eher unkritisch, mehrerer Monate dagegen beachtlich sein.

Individualrechtliche Folgen des Betriebsübergangs

- Gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der Erwerber an die Stelle des bisherigen Arbeitgebers und damit in alle Rechte und Pflichten aus dem (fort)bestehenden Arbeitsverhältnis. Dies erfolgt von Gesetzes wegen, so dass es keiner vertraglichen Gestaltung dazu bedarf.
- Diese Rechtsfolge gilt für alle leitenden Angestellten, Arbeitnehmer, Auszubildende, Praktikanten und Volontäre, sofern sie nicht gemäß § 613a Abs. 6 BGB innerhalb einer Frist von einem Monat nach Unterrichtung über den Betriebsübergang diesem schriftlich widersprechen.
- Der bisherige oder der neue Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 5 BGB schriftlich über den Betriebsübergang, insbesondere über den Zeitpunkt, die Gründe, die wirtschaftlichen und sozialen Folgen zu unterrichten.
- Ohne Angabe von Gründen kann jeder Arbeitnehmer dem Betriebsübergang innerhalb Monatsfrist schriftlich widersprechen mit der Folge, dass er somit Arbeitnehmer des bisherigen Arbeitgebers bleibt.

## Individualrechtliche Folgen des Betriebsübergangs

Da der Erwerber kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitgebers eintritt, gelten in Bezug auf die bestehenden Regelungen folgendes:

- ✓ Gesetzliche Vorschriften gelten ohnehin weiter,
- ✓ Tarifliche Regelungen gelten gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB weiter[1],
- ✓ Betriebliche Regelungen gelten gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB weiter[1],
- ✓ Arbeitsvertragliche Regelungen gelten gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB weiter,
- ✓ Vertragsähnliche Ansprüche (bspw. betriebliche Übung) gelten gleichfalls weiter[2].

[1]sofern nicht im Betrieb des Erwerbers eine anderweitige tarifliche oder betriebliche Regelung besteht oder später entsteht; vgl. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB

[2]vgl. ErfK/Preis BGB § 613a Rn. 74; Fitting § 1 Rn. 131

## Individualarbeitsrecht

Beschreibt die Rechte & Pflichten der Vertragspartner

**Arbeitgeber ⇔ Arbeitnehmer**

Der Stufenaufbau der Rechtsquellen beschreibt die Anspruchsgrundlagen im Arbeitsrecht.
Streit über die Rechte & Pflichten lösen die Vertragsparteien untereinander; ggf. durch Klage im Urteilsverfahren

## Kollektivarbeitsrecht

Beschreibt die Rechte & Pflichten der Betriebspartner

**Arbeitgeber ⇔ Betriebsrat**

Der Betriebsrat hat unterschiedlich stark ausgestaltete Mitwirkungsrechte, die sich aus dem BetrVG ergeben.
Streit über die Rechte & Pflichten lösen die Betriebspartner untereinander; ggf. durch Antrag im Beschlussverfahren

# Stufenaufbau der Rechtsquellen



**Auf das Arbeitsverhältnis findet ein Tarif Anwendung, wenn …**

- die Vertragsparteien gemäß § 4 Abs. 1 TVG kongruent tarifgebunden sind
- der Tarifvertrag gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurde
- die Anwendung durch die Vertragsparteien (Bezugnahmeklausel) vereinbart oder durch betriebliche Übung gelebt wurde

**Tritt der Arbeitgeber aus dem Arbeitgeberverband aus, kommt der aktuelle Tarif zur Anwendung …**

- statisch, für alle bisherigen und neuen Arbeitnehmer, solange der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 3 TVG als tarifgebunden gilt
- statisch, für alle bisherigen Mitarbeiter, solange keine anderweitige Vereinbarung (z.B. im Arbeitsvertrag) getroffen wird; § 4 Abs. 5 TVG
- dynamisch, für alle Mitarbeiter, die in ihrem Arbeitsvertrag nach dem 01.01.2002 eine dynamische Bezugnahmeklausel vereinbart haben

## Betriebliche Übung

Der Anspruch aus betrieblicher Übung ist nicht gesetzlich normiert[1], sondern entspringt richterlicher Rechtsfortbildung. Geschützt wird das berechtigte Vertrauen des Arbeitnehmers, der sich zukunftsorientiert auf eine bestimmte Verhaltensweise seines Arbeitgebers eingestellt hat.

Ein Anspruch aus betrieblicher Übung kann entstehen, wenn ...

- der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne rechtliche Verpflichtung eine Leistung,
- konkretisierbar wiederholt und über einen längeren Zeitraum erbringt,
- ohne das Vertrauen des Arbeitnehmers durch erklärten Leistungsvorbehalt zu brechen, sondern gegenteilig durch besondere Umstände[2] im Arbeitgeberhandeln ein Rechtsbindungswille erkennbar ist.

[1]wird als Rechtsinstitut lediglich in § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG erwähnt

[2]vgl. LAG Thüringen vom 21.02.2018, Az. 6 Sa 110/17

Vorrangprinzip und Günstigkeitsvergleich[1]

Ranghöhere Rechtsquellen haben Vorrang vor rangniederen und können nicht zu Lasten, nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden (Vorrangprinzip). Bestehen mehrere wirksame Rechtsquellen zur gleichen Thematik, kann sich der Arbeitnehmer auf die für ihn günstigste berufen (Günstigkeitsvergleich).

Eine Ausnahme vom Vorrangprinzip besteht für den Fall, dass die ranghöhere Rechtsquelle ausdrücklich eine abweichende Regelung zulässt (Öffnungsklausel); bspw. § 622 Abs. 4 BGB.

Der Günstigkeitsvergleich kann ausgeschlossen sein, wenn die rangniedere Rechtsquelle für den Arbeitnehmer nicht ausschließlich nachteilig ist, sondern auch vorteilhaft („Medaille“); vgl. häufig vertragliche Kündigungsfristen.

[1]vgl. dazu Fitting § 77 Rn. 102, 126ff., 196

Kollektivrechtliche Erwägungen

- Personalplanung und Beschäftigungssicherung gemäß §§ 92, 92a BetrVG
- Innerbetriebliche Stellenausschreibung gemäß § 93 BetrVG
- Auswahlrichtlinien gemäß § 95 BetrVG
- Anhörung zur Einstellung gemäß § 99 BetrVG

Individualrechtliche Erwägungen

- Diskriminierungsverbot bei Stellenausschreibung und Bewerbungsverfahren gemäß §§ 7, 6 Abs. 1 Satz 2 AGG
- Prüfpflicht zur Stellenbesetzung mit schwerbehinderten Arbeitnehmern gemäß § 164 Abs. 1 SGB IX
- ggf. Erstattungsanspruch für notwendige und angemessene Kosten zum Bewerbungsgespräch gemäß § 670 BGB
- Zulässige und unzulässige Fragen im Bewerbungsverfahren

Formvorschriften

- Der Vertragsabschluss bedarf gemäß § 105 GewO keiner Schriftform ⇔ Beendigung gemäß § 623 BGB
- Eine Befristungsabrede bedarf zwingend der Schriftform gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG
- Darstellung der wesentlichen Vertragsgrundlagen gemäß § 2 NachweisG bzw. § 11 BBiG

Vertragsinhalte

- Arbeitnehmereigenschaft ⇔ freie Mitarbeit
- Vertragsfreiheit ⇔ allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
- Typische Vertragsklauseln
- Befristungsmöglichkeiten nach TzBfG und WissZeitVG
- Teilzeitbeschäftigung nach TzBfG

Der Begriff des Arbeitnehmers ist im deutschen Arbeitsrecht nicht einheitlich definiert. Im Unterschied zum Selbständigen (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB) unterliegt der Arbeitnehmer den Weisungen seines Arbeitgebers, insbesondere hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung und ist in die betrieblichen Abläufe eingegliedert.

§ 106 GewO regelt das sog. Weisungs- / Direktionsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer

- Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung
- Nach billigem Ermessen[1]
- Soweit dieses Recht nicht anderweitig ausdrücklich eingeschränkt wird, bspw. durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag[2]

[1]BAG vom 14.09.2017, Az. 5 AS 7/17 Rechtsprechungswechsel bei unbillig getroffener Arbeitgeberweisung

[2]Einschränkung durch Konkretisierung der Arbeitsbedingungen; vgl. Tschöpe/Rinck Teil 2A Rn. 60

1

- **Arbeitsrecht:** Arbeitnehmer sind aufgrund vertraglicher und gesetzlicher Gestaltung (§ 106 GewO) weisungsgebunden, insbesondere hinsichtlich Ort, Zeit und Gestaltung der Arbeitsleistung entgegen einem Selbständigen (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB) nicht ungebunden.

2

- **Sozialrecht:** Sozialversicherungsrechtlich gleich einem Arbeitnehmer ist gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV beschäftigt, wer nach einer Gesamtbetrachtung der Umstände seine Tätigkeit weisungsgebunden unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ausübt.

3

- **Steuerrecht:** Arbeitnehmer erzielen Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit. Gemäß § 1 Abs. 3 LStDV ist selbständig, wer seine Tätigkeit frei ausübt, ohne sie zu schulden, wer keinen Weisungen unterliegt, nicht fest in die Arbeitsabläufe eingegliedert ist und eigenes Unternehmerrisiko trägt.

Beschäftigt ein Arbeitgeber aufgrund eines Vertrages über die freie Mitarbeit oder werkvertraglicher Gestaltung einen sog. *Scheinselbständigen*, drohen -neben strafrechtlichen (§ 266a StGB) Konsequenzen- erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Nachteile, insbesondere aus der damit umgangenen Sozialversicherungspflicht. Führt die abwägende Gesamtbetrachtung dazu, dass die Beschäftigung entgegen dem Vertrag faktisch arbeitnehmerähnlich gelebt wurde, besteht Sozialversicherungspflicht; vgl. BGH vom 24.06.2015, Az. 1 StR 76/15.

Ein dem Scheinselbständigen ausgezahltes Honorar in Höhe von 2.500,00 € entspricht dem Monatsbrutto eines Arbeitnehmers von 5.178,00 €. Zunächst trifft den Arbeitgeber die volle Beitragslast, rückwirkend für vier bzw. 30 Jahre; Bayer. LSG vom 16.03.2010, Az. L 5 R 21/10. Es gelten Säumniszuschläge von 12% pro Jahr; § 24 SGB IV.

[1]Lohnsteuer 1.637,08 € + Soli 90,03 € (= Steuerlast 1.727,11 €) zzgl. Rentenversicherung 489,32 € + Arbeitslosenversicherung 77,67 € + Kranken-/Pflegeversicherung 383,74 € (=Sozialabgaben 950,73 €): 5.178,00 € brutto abzgl. 1.727,11 abzgl. 950,73 € = 2.500,17 € netto.

## Vertragsfreiheit

Gemäß § 105 GewO unterliegt es der freien Entscheidung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ob und unter welchen Bedingungen sie einen Arbeitsvertrag abschließen oder einen bestehenden Vertrag abändern wollen.

## Gleichbehandlungsgrundsatz

Diese Vertragsfreiheit wird nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs-grundsatz eingeschränkt. Arbeitgeber haben vergleichbaren Arbeitnehmern gleiche Bedingungen anzubieten, sofern nicht ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt; vgl. Tschöpe/Heiden Teil 2A Rn. 326; BAG vom 16.02.2023, Az. 8 AZR 450/21.

Die gegenseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis (Synallagma) bestehen auf der Grundlage des geschlossenen Arbeitsvertrags und geltender gesetzlicher Bestimmungen in

**Arbeitsleistung gegen Arbeitsentgelt.**

Verletzt ein Vertragspartner seine Verpflichtung nachhaltig, stellt das eine intensive Störung des Vertragsverhältnisses dar, die eine außerordentliche, fristlose Kündigung rechtfertigen kann.

In der Praxis auftretende Fälle sind:

- Arbeitsverweigerung oder Selbstbeurlaubung durch den Arbeitnehmer
- (einseitige) Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber; vgl. LAG Nürnberg vom 15.09.2015, Az. 7 SaGa 4/15 und LAG Rheinland-Pfalz vom 11.02.2016, 2 Sa 338/15 (zum Anspruch des Arbeitnehmers auf vertragsgemäße Beschäftigung und fristlosem Kündigungsgrund)

Unabhängig von den gesetzlichen Vorgaben werden im Arbeitsvertrag häufig folgende Regelungen vereinbart:

- Doppelte Versetzungsklausel (beachte auch § 106 GewO)
- Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfristen (beachte BAG vom 26.10.2017, Az. 6 AZR 158/16)
- Nachvertragliches Wettbewerbs-/Konkurrenzverbot[1] (beachte auch § 110 GewO)
- Genehmigungsvorbehalt für Nebentätigkeiten bei anderen Arbeitgebern
- Bindungs- und Rückzahlungspflicht bei beruflicher Weiterbildung; vgl. Tschöpe/Wisskirchen Teil 1D Rn. 114, Teil 2A Rn. 540ff.
- Bindungs- und Rückzahlungspflicht bei Jahresgratifikation, vgl. Tschöpe/Wisskirchen Teil 2A Rn. 469
- Betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltung
- Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 17 UWG
- Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist durch vereinbarte Ausschlussfristen

[1]analog § 60 HGB im bestehenden Arbeitsverhältnis; vgl. LAG Rheinland-Pfalz vom 26.02.2016, Az. 1 Sa 164/15

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt für alle volljährigen Arbeitnehmer; gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht für leitende Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG und gemäß § 18 Abs. 2 ArbZG nicht für jugendliche Arbeitnehmer, für die das Jugendarbeitsschutzgesetz gilt.

Wesentliche Säulen des ArbZG sind folgende Regelungen:

- Werktägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäß § 3 ArbZG
- Tägliche Ruhepausen gemäß § 4 ArbZG
- Ruhezeiten gemäß § 5 ArbZG

Gemäß § 7 ArbZG besteht in den dort beschriebenen Fällen die Möglichkeit, in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung, Abweichungen und Modifikationen zu regeln.

**Arbeitsbereitschaft** liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer während seiner regelmäßigen Arbeitszeit zum Einsatz bereithält, um von sich aus jederzeit tätig zu werden; z.B. Taxifahrer, Telefonist. Dagegen wird der Arbeitnehmer im **Bereitschaftsdienst** auf Aufforderung des Arbeitgebers tätig, allerdings sehr zeitnah. Beide Formen sind Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes und zu vergüten. Im Fall des Bereitschaftsdienstes kann ein geringeres Entgelt[1] (gegenüber der Vollarbeit) vereinbart werden und angemessen sein.

**Rufbereitschaft** erlaubt dem Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort selbst zu wählen und nur im Fall des Rufs die Arbeit aufzunehmen. Rufbereitschaft gilt nicht als Arbeitszeit, sondern Ruhezeit (§ 5 ArbZG). Rufbereitschaft ist allerdings als besondere Leistung zu vergüten, wenn auch üblich mit einem geringeren Entgelt[1] gegenüber Vollarbeit. Arbeit während des Rufes ist gleich der Vollarbeit zu behandeln und unterbricht die Ruhezeit.

[1]vgl. BAG vom 12.12.2012, 5 AZR 918/11 und zu dieser Thematik Tschöpe/Zerbe Teil 6A Rn. 20ff.

# Grundsätze zum Ableisten von Überstunden

Die Überschreitung der regelmäßigen tariflichen, betrieblichen oder vertraglichen Arbeitszeit gilt als Überstunde; vgl. Tschöpe/Heiden Teil 2A Rn. 369

Eine Verpflichtung zum Ableisten von Überstunden besteht nur, wenn dies tariflich oder vertraglich vereinbart ist; ausgenommen § 241 Abs. 2 BGB und Notfälle

Eine Verpflichtung zum Ableisten von Überstunden setzt daneben voraus, dass die Überstunden vom Betriebsrat bewilligt sind; vgl. Fitting § 87 Rn. 599

Ein Ausgleichsanspruch besteht nur, wenn die Arbeitszeit angeordnet oder geduldet wurde und notwendig war; vgl. BAG vom 25.05.2005, Az. 5 AZR 319/04

Berechtigte Überstunden sind grds. am Stundenlohn bemessen zu vergüten;
vgl. Tschöpe/Heiden Teil 2A Rn. 370 und LAG Rheinlandpfalz vom 19.11.2015, Az. 5 Sa 342/15

Ohne tarifliche, betriebliche oder vertragliche Grundlage besteht kein Anspruch auf Überstundenzuschläge; vgl. Tschöpe/Heiden Teil 2A Rn. 371

## Blickwinkel des Arbeitszeitgesetzes

- Dienstreisezeit ist die Zeit, die ein Arbeitnehmer vom Wohnort/Betrieb benötigt, um an einen anderen, vom Arbeitgeber bestimmten Arbeitsort zu gelangen.
- Die Zeiten sind Arbeitszeit, wenn das Reisen zum Berufsbild gehört oder der Arbeitnehmer durch eigenes Lenken des Fahrzeugs belastet wird.
- Die Zeiten sind Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer währenddessen auf Anweisung des Arbeitgebers Arbeiten verrichtet; z.B. Aktenstudium.
- Keine Wertung als Arbeitszeit, wenn der Arbeitgeber lediglich die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel vorgibt, ohne weitere Anweisungen.

**Dienstreisezeit ist zu vergüten, wenn …**

- das durch vorrangig anzuwendende tarifliche, betriebliche oder vertragliche Regelungen festgeschrieben und geregelt ist.
- das Reisen selbst Vertragserfüllung (z.B. Kraftfahrer) oder zur Vertragserfüllung notwendig ist (z.B. Außendienst, Handwerker).
- wenn sie während der vertragsüblichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers stattfindet; unabhängig vom genutzten Verkehrsmittel.
- (außerhalb persönlicher Arbeitszeit) wenn der Arbeitnehmer belastet wird (z.B. Aktenstudium, selbst Fahren) oder fremdnützig handelt.

**Zweckbefristung – stets mit Sachgrund**

gemäß § 3 Abs. 1, § 15 Abs. 2, § 14 Abs. 1 TzBfG

**kalendarische Befristung – mit Sachgrund**

gemäß § 3 Abs. 1, § 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 TzBfG

**kalendarische Befristung – ohne Sachgrund**

gemäß § 3 Abs. 1, § 15 Abs. 1, 14 Abs. 2 TzBfG

## mit Sachgrund

Für eine Zweckbefristung muss ein Sachgrund vorliegen.

Möglich[1] ist die Befristung trotz

- ✓ Vertragsdauer von über 2 Jahren
- ✓ mehrfacher (> 3) Verlängerung auch mit inhaltlicher Änderung
- ✓ Vorbeschäftigung / Unterbrechung

[1]Missbrauch; BAG vom 26.10.2016, Az. 7 AZR 135/15

## ohne Sachgrund

Eine kalendarische Befristung kann auch ohne Sachgrund erfolgen.

rechtliche Grenze § 14 Abs. 2 TzBfG:

- Gesamtdauer von max. 2 Jahren
- bis zu drei Verlängerungen möglich
  Problem: inhaltliche Änderungen[1]
- *keine*[2] Vorbeschäftigung

[1]BAG vom 21.03.2018, Az. 7 AZR 428/16

[2]BVerfG vom 06.06.2018, Az. 1 BvL 7/14 *(„sehr lange zurück, von sehr kurzer Dauer, ganz anders geartet“)*

Ein befristeter Arbeitsvertrag enthält neben dem Element des *Abschlusses* eines Arbeitsverhältnisses sogleich das Element der *Beendigung*, da die Parteien einen Zweck oder Zeitpunkt bestimmen, an dem das Arbeitsverhältnis beendet wird, ohne dass es einer (späteren) Kündigung bedarf.

Aufgrund des Elements *Beendigung* muss nicht der gesamte Arbeitsvertrag, aber die Befristungsabrede schriftlich vereinbart werden; vgl. § 14 Abs. 4 TzBfG, und dies zeitlich vor Arbeitsaufnahme[1], da andernfalls die Befristung unwirksam ist; vgl. § 16 Satz 1 TzBfG.

Will sich der Arbeitnehmer, gleich aus welchem Grund, gegen die Befristung und damit das Ende seines Arbeitsverhältnisses wehren, muss er innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende Klage beim Arbeitsgericht einreichen, andernfalls bleibt die Befristung unangreifbar wirksam; vgl. § 17 TzBfG.

[1]vgl. Tschöpe/Schmalenberg Teil 1E Rn. 123a und BAG vom 14.12.2016, Az. 7 AZR 797/14

Für die Wirksamkeit der Befristung ist es nicht[1] erforderlich (ausgenommen bei der Zweckbefristung), in den Vertrag aufzunehmen, ob es sich um eine Befristung mit oder ohne Sachgrund handelt, ebenso wenig den Sachgrund selbst festzuhalten. Auch dem Betriebsrat ist diese Angabe im Rahmen der Anhörung nach § 99 BetrVG nicht mitzuteilen[2].

Befristet Beschäftigte dürfen wegen der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses nicht schlechter gestellt werden als vergleichbare andere, unbefristete Arbeitnehmer; vgl. § 4 Abs. 2 TzBfG. Sie dürfen im Übrigen nicht benachteiligt werden; vgl. § 5 TzBfG.

Wird das befristete Arbeitsverhältnis nach Zweckerreichung oder über den vereinbarten Zeitpunkt hinaus mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, ohne dass dieser unverzüglich widerspricht, gilt es auf unbestimmte Zeit abgeschlossen; vgl. § 15 Abs. 5 TzBfG.

[1]vgl. Tschöpe/Schmalenberg Teil 1E Rn. 124 und Fitting § 99 Rn. 162a

[2]vgl. Fitting BetrVG § 99 Rn. 162a

Das WissZeitVG enthält Spezialregelungen zur Befristung von Arbeitsverhältnissen, die grundsätzlich den Regeln des TzBfG vorgehen. Sofern jedoch keine Sonderregeln im WissZeitVG bestehen, finden die Regelungen der Befristung nach TzBfG Anwendung (§ 1 Abs. 1 Satz 5) und eine solche ist demnach gleichfalls zulässig; § 1 Abs. 2 WissZeitVG.

Das WissZeitVG findet an staatlichen Hochschulen und Forschungseinrichtungen sowie an überwiegend staatlichen oder auf Grundlage von Art. 91b GG finanzierten Forschungseinrichtungen Anwendung; §§ 4, 5 WissZeitVG. Personell gilt es mit Ausnahme für Hochschullehrer für das wissenschaftliche oder künstlerische Personal; § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG. Für wissenschaftliche oder künstlerische Hilfskräfte gilt § 6 WissZeitVG.

Der Begriff des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals bestimmt sich allein inhaltlich nach der Art der zu erbringenden Leistung. Zumindest zeitlich überwiegend oder prägend muss die Leistung auf die Sicherung und/oder Erweiterung des Erkenntnisstands der Fachdisziplin ausgerichtet gewesen sein[1].

[1]vgl. Tschöpe/Schmalenberg Teil 1E Rn. 203

Gemäß § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist eine Befristungsdauer von bis zu 6 Jahren mit nicht promoviertem Personal zulässig, auch wenn keine Promotion angestrebt wird. Entsprechendes gilt gemäß § 6 für studentische Hilfskräfte.

Nach abgeschlossener Promotion (Post-doc) ist eine weitere Befristung von bis zu 6 Jahren (9 J. im medizinischen Fachbereich) möglich, die sich um ersparte Zeiten vor der Promotion verlängern lässt; § 2 Abs. 1 Satz 2 Halb. 2 WissZeitVG, so dass die Gesamtdauer von 12 bzw. 15 Jahre ausschöpfen lassen.

Auf diese Gesamtdauer sind jedoch sämtliche vorhergehenden befristeten Beschäftigungsverhältnisse, die mit einer deutschen Hochschule/Forschungseinrichtung bestanden, anzurechnen, sofern sie mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit beinhalteten[1]; ausgenommen Verträge studentischer Hilfskräfte; § 6 WissZeitVG.

[1]vgl. Tschöpe/Schmalenberg Teil 1E Rn. 206

Gemäß § 2 Abs. 5 WissZeitVG können sowohl die Promotionsphase als auch die post-doc-Phase um Zeiten des Arbeitsausfalls/Verkürzung aus einem der abschließend in Nr. 1 – 6 genannten Gründen wirksam verlängert werden, um für den betroffenen Arbeitnehmer aus diesen Gründen keinen Nachteil zu schaffen.

Die Verlängerung kann von den Vertragspartnern einvernehmlich oder vom Arbeitnehmer einseitig geltend gemacht werden. Sie führt zur automatischen Verlängerung des konkret bestehenden Vertrags; ein Neuabschluss ist daher nicht notwendig. Die Vereinbarung oder einseitige Erklärung des Arbeitnehmers bedarf keiner Schriftform und kann bis zum vereinbarten Ende der Vertragslaufzeit abgeschlossen bzw. abgegeben werden[1].

Ist der Arbeitnehmer über das eigentliche Vertragsende hinaus aufgrund eines der im Katalog benannte Gründe an der Arbeit verhindert, muss zumindest grundsätzlich erklärt werden, ob die Verlängerung gewünscht ist oder nicht.

[1]vgl. Preis/Ulber WissZeitVG § 2 Rn. 170, 176, 177

Unabhängig, d.h. neben der Verlängerungsoption des § 2 Abs. 5 WissZeitVG besteht die Möglichkeit gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 die zulässige Höchstbefristungsdauer der Promotions- und/oder post-doc-Phase um weitere zwei Jahre zu verlängern je betreutem Kind. Damit will der Gesetzgeber die Mehrfachbelastung junger Wissenschaftler durch die Kinderbetreuung privilegieren (sog. Privilegierung der Familienkomponente); vgl. Preis/Uber WissZeitVG § 3 Rn. 63, 69

Voraussetzung dieser Privilegierung der Familienkomponente ist, dass der Wissenschaftler ein minderjähriges Kind (vgl. auch § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG) in seinem Haushalt aufgenommen hat oder außerhalb seines Haushalts tatsächlich betreut. Nicht erforderlich ist, dass der Wissenschaftler tatsächlich dadurch eine Beurlaubung oder Arbeitszeitreduzierung nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 oder Nr. 3 in Anspruch nimmt; vgl. Preis/Uber WissZeitVG § 3 Rn. 64

Anders als bei § 2 Abs. 5 räumt diese Verlängerungsmöglichkeit des Abs. 1 Satz 4 dem Arbeitnehmer keinen Anspruch ein und verlängert das Vertragsverhältnis nicht automatisch; vgl. Preis/Uber WissZeitVG § 3 Rn. 69

Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG ist im Arbeitsvertrag ausdrücklich anzugeben, wenn sich der Arbeitgeber auf die Sonderregelungen des WissZeitVG berufen will. Erfolgt dies nicht, muss sich die Wirksamkeit der Befristung an den allgemeinen Grundsätzen des TzBfG messen lassen.

Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 WissZeitVG muss die Befristungsdauer kalendarisch bestimmbar sein und angemessen sein, um die Qualifizierung zu erreichen.

Auf die Befristung nach WissZeitVG finden im Übrigen die allgemeinen Grundsätze[1] des Befristungsrechts Anwendung, insbesondere die Vorschriften der §§ 17, 16, 14 Abs. 4, 15 Abs. 3 TzBfG.

[1]vgl. Tschöpe/Schmalenberg Teil 1E Rn. 201, 215

Unter den beiden Voraussetzungen, dass das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht und der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer (ohne Azubi) beschäftigt, besteht ein Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit.

<u>Verfahren zum Teilzeitverlangen gemäß § 8 Abs. 2 bis Abs. 5 TzBfG</u>

1. Konkreter[1] Teilzeitantrag in Textform (§ 126b BGB) unter Angabe des Umfangs der Arbeitszeitverringerung und idealerweise ihrer Verteilung mit Beginn frühestens drei Monate nach Antragstellung; § 8 Abs. 2 TzBfG
2. Erörterung der Vertragsparteien über den beantragten Umfang und Verteilung der Verringerung; § 8 Abs. 3 TzBfG
3. Ablehnungsmöglichkeit bei entgegenstehenden betrieblichen Belangen, § 8 Abs. 4 TzBfG
4. Genehmigungsfiktion bei Säumnis der rechtzeitigen Ablehnung durch den Arbeitgeber, § 8 Abs. 5 TzBfG

[1]vgl. BAG vom 27.06.2017, Az. 9 AZR 368/16

Unter den beiden Voraussetzungen, dass das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht und der Arbeitgeber mehr als 45 Arbeitnehmer beschäftigt, besteht ein Anspruch auf Befristung der Arbeitszeitverringerung (Teilzeit).

1. Die Antragstellung muss konkret und in Textform erfolgen; vgl. § 9a Abs. 3 Satz 1, § 8 Abs. 2 TzBfG
2. Die Befristungsantrag muss mindestens auf ein, höchstens auf fünf Jahre erfolgen, § 9a Abs. 1 Satz 2 TzBfG
3. Überforderungsschutz für Arbeitgeber zwischen 46 bis 200 Arbeitnehmern; § 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG
4. Verhandlungsphase der Vertragsparteien; § 9a Abs. 3, § 8 Abs. 3 TzBfG
5. Ablehnungsmöglichkeit bei entgegenstehenden betrieblichen Belangen, § 9a Abs. 3, § 8 Abs. 4 TzBfG
6. Genehmigungsfiktion bei Säumnis der rechtzeitigen Ablehnung; § 9a Abs. 3, § 8 Abs. 5 TzBfG
7. Ausschluss und Einschränkungen neuerlicher Antragstellung während der Befristung und danach gemäß §§ 9a Abs. 4, 5 TzBfG

Dem Austauschverhältnis der Hauptleistungspflichten (Synallagma) entspricht, dass der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch auf seinen vertragsgemäßen Lohn/Gehalt hat, wenn er die vertragsgemäß geschuldete Arbeitsleistung auch erbracht hat. Es gilt der Grundsatz: Ohne Arbeit kein Lohn!

<u>Dieser Grundsatz wird verschiedentlich durchbrochen:</u>

- Gläubigerverzug mit der Annahme der angebotenen Arbeitsleistung gemäß § 615 BGB
- Urlaubsentgeltzahlung gemäß § 11 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)
- Entgeltzahlung an Feiertagen gemäß § 2 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG
- Entgeltfortzahlung im Falle vorübergehender Verhinderung gemäß § 616 BGB

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung vertragsgemäß anzubieten; § 294 BGB. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die vertragsgemäß angebotene Arbeitsleistung anzunehmen; § 293 BGB und den Lohn zu zahlen; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 71 zur Betriebsrisikolehre und Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 252 zur Unwirksamkeit einer Vereinbarung bei Auftragsmangel unbezahlt zuhause bleiben zu müssen.

**Wegerisiko des Arbeitnehmers**

Der Arbeitnehmer trägt die Verantwortung dafür, dass er seine Arbeitsleistung pünktlich und vertragsgemäß anbietet. Gelingt dies nicht, kommt er in Verzug und der Arbeitgeber schuldet für die Verzugsdauer keinen Lohn.

**Lohnrisiko des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung dafür, dass er die ihm vertragsgemäß angebotene Arbeitsleistung annimmt. Gelingt dies nicht, kommt er in Verzug und schuldet trotz Nichtarbeit für die Verzugsdauer den Lohn.

Typische Fälle des sog. Lohnrisikos des Arbeitgebers, in denen der Lohnanspruch gemäß § 615 BGB fortbesteht, sind folgende; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 72 mit Hinweis auf die bestehende obergerichtliche Rechtsprechung:

- ✓ Betriebstechnische Störungen, bspw. Maschinenausfall oder fehlende Materiallieferungen
- ✓ Außerbetriebliche Störungen, bspw. Brand oder Hochwasser im Betrieb
- ✓ Konkret betriebsbezogene behördliche Maßnahmen oder Verbote
- ✓ Auftrags- und Absatzmangel
- ✓ Einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsverpflichtung

Voraussetzung des Lohnanspruchs gemäß § 615 BGB (nach Lohnausfallprinzip) ist, dass der Arbeitnehmer seine vertragsgemäße Leistung angeboten, er demnach leistungsfähig und leistungswillig ist/war, und der Arbeitgeber die Leistung nicht angenommen hat.

Gemäß § 1 BUrlG haben alle Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub und gemäß § 11 BUrlG Anspruch auf Urlaubsentgelt. Anspruchsberechtigte Arbeitnehmer sind gemäß § 2 BUrlG alle Arbeiter und Angestellte sowie Azubi, einschließlich der Teilzeitkräfte; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C zum Urlaub nicht Vollbeschäftigter.

Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt gemäß § 3 Abs. 1 BUrlG jährlich 24 Werktage; gemäß § 3 Abs. 2 BUrlG ausgehend von einer 6-Tage-Woche. Besteht die Arbeitsverpflichtung regelmäßig an weniger als sechs Tagen, ist der Urlaub anteilig zu bestimmen; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 93 und 213.

Das Recht auf den gesetzlichen Mindesturlaub kann weder tariflich noch vertraglich zu Lasten der Arbeitnehmer abgeändert werden; § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Bei Jugendlichen oder schwerbehinderten Arbeitnehmern sind daneben die Vorschriften des § 19 JArbSchG und § 208 SGB IX zu berücksichtigen.

Gemäß § 4 BUrlG kann der Arbeitnehmer die Erfüllung des Urlaubsanspruchs erst nach erfüllter Wartezeit von sechs Monaten verlangen. Erfüllt der Arbeitnehmer die Wartezeit im selben Kalenderjahr, kann er den vollen / ungekürzten Urlaub auch für dieses erste Jahr des Arbeitsverhältnisses beanspruchen; vgl. ErfK/Gallner BUrlG § 4 Rn. 1; § 13 Rn. 11.

Das Gesetz bestimmt in § 5 Abs. 1 BUrlG Tatbestände zum sog. Teilurlaub nach Zwölftelregelung ($^1/_{12}$ des Urlaubs):

a. Beginn des Arbeitsverhältnisses in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres (01.07.; vgl. BAG vom 17.11.2015, 9 AZR 179/15)*
b. Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor erfüllter Wartezeit
c. Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte des Kalenderjahres (30.06.)*

Daneben bestehen weitere Regelungen zur möglichen Anwendung der sog. Zwölftelregelung:

- ✓ Während der Elternzeit möglich gemäß § 17 Abs. 1 BEEG (⇔ nicht dagegen gemäß §§ 3, 4 PflegeZG)
- ✓ Während der Kurzarbeit auf „null“; vgl. EuGH vom 08.11.2012, Az. C-229/11 und C-230/11

Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer bei Entgeltfortzahlung von der Arbeitsverpflichtung freistellt, setzt denknotwendig eine ansonsten für diese Urlaubszeit bestehende Verpflichtung zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers voraus; vgl. BAG vom 04.05.2010, Az. 9 AZR 183/09; a. A. LAG Köln vom 07.12.2011, Az. 5 Sa 891/10.

Der Arbeitnehmer hat daher für den geplanten Zeitraum des Urlaubs für alle Tage, an denen eine Arbeitsverpflichtung besteht, Urlaub zu beantragen; bspw. auch für einen gesetzlichen Feiertag, wenn er dienstplanmäßig eingeteilt ist; im Gegenzug nicht für solche Tage, an denen er ohnehin frei hätte; vgl. BAG vom 15.01.2013, Az. 9 AZR 430/11.

Bewilligt der Arbeitgeber den Urlaub, ist mit Zugang der Bewilligung beim Arbeitnehmer die Erfüllungshandlung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB bewirkt, so dass die Bewilligung im Nachgang -unabhängig von der zugrundeliegenden Motivation- nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. Nur einvernehmlich können die Vertragspartner einen bewilligten Urlaub verlegen; vgl. BAG vom 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07 und vom 20.06.2000, Az. 9 AZR 404/99; Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 78, 252.

Gemäß § 7 Abs. 1 BUrlG hat der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers maßgeblich zu berücksichtigen; d.h. den Urlaubswünschen zu entsprechen, wenn nicht einer der beiden nachfolgend dargestellten Gründe entgegensteht; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 70:

Dringende betriebliche Belange

Die Störung des Betriebsablaufs, die durch die Urlaubsbewilligung eintreten würde, muss ein für den Arbeitgeber unerträgliches Maß erreichen; das Niveau der betriebsüblichen Störungen durch Personalknappheit oder Ausfall muss deutlich erhöht sein; bspw. unerwartet hoher Krankenstand oder Arbeitsaufwand; vgl. ErfK/Gallner BUrlG § 7 Rn. 18.

Vorrang der Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer

Kann nicht allen Urlaubswünschen gleichzeitig entsprochen werden, muss der Arbeitgeber seine Entscheidung nach sozialen Kriterien hin überprüfen; bspw. Urlaub der Ehepartner, Ferien der Kinder, erstmaliger Jahresurlaub etc.

Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG muss der gesamte Jahresurlaub im Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Der Urlaub soll gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG zusammenhängend genommen, kann auf Wunsch des Arbeitnehmers geteilt werden; wobei ein Urlaubsteil die Dauer von zwei Kalenderwochen umfassen muss; § 7 Abs. 2 Satz 2 BUrlG.

<u>Gesetzliche Regelung zum Urlaubsjahr und Verfall bzw. Übertragung offenen Resturlaubs:</u>

- Mit Ablauf des 31.12. des Urlaubsjahres verfällt der noch offene Urlaub ersatzlos; § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG
- Eine Übertragung ist nur in den Fällen des § 7 Abs. 3 Satz 2 und § 5 Abs. 1 lit. a BUrlG statthaft
- Mit Ablauf des 31.03. des Folgejahres verfällt der noch offene Resturlaub ersatzlos; § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG
- Bei Langzeiterkrankung verfällt der Urlaub mit Ablauf des 31.03. des zweiten Folgejahres

  vgl. BAG vom 22.09.2015, Az. 9 AZR 170/14 (auch zur Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs)

Im Übertragungszeitraums (01.01. – 31.03. des Folgejahres) kann der Arbeitgeber Urlaubswünsche für Resturlaub nicht mit der Begründung betrieblicher Belange ablehnen; vgl. BAG vom 10.03.1987, Az. 8 AZR 610/84.

Gemäß § 8 BUrlG darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck (erholen und kraftschöpfen) widersprechende Erwerbstätigkeit ausüben. Entscheidend wird sein, ob der Gelderwerb im Vordergrund der Tätigkeit steht und ob nach Art und Umfang der Arbeit der Urlaubszweck verhindert wird; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 138.

Gemäß § 9 BUrlG werden die durch ärztliches Attest nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs nicht auf den Jahresurlaub angerechnet, sondern sind neu zu gewähren. Dies gilt gleichermaßen für den gesetzlichen, tariflichen und vertraglichen Urlaub; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 240.

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 bemisst sich das Urlaubsentgelt nach dem Durchschnittsverdienst des Arbeitnehmers aus den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt. Dabei sind alle Vergütungsbestandteile miteinzubeziehen, ausgenommen Überstunden und Spesen, Fahrgeld; vgl. Tschöpe/Zerbe Teil 2C Rn. 100, 105.

Gemäß § 2 Abs. 1 EFZG haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Feiertagsentgelt, wenn ihre Arbeit allein[1] aufgrund eines bundes- oder landesrechtlichen Feiertags ausfällt. Der Anspruch besteht gemäß § 1 EFZG für alle Arbeiter und Angestellten, einschließlich Azubi, Aushilfen und Teilzeitkräften; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn.207.

Entscheidend ist das Feiertagsrecht am Beschäftigungsbetrieb. Für Mitarbeiter im Außendienst gilt das Recht am Betriebssitz, wenn sie in unterschiedlichen Einsatzgebieten (Bundesländer) tätig sind. Im Auslandseinsatz entfällt die Arbeit aufgrund eines deutschen Feiertags nicht; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 206 und ErfK/Reinhard EFZG § 2 Rn. 6.

Maßgeblich für die Höhe der Entgeltfortzahlung ist das Entgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall verdient hätte (sog. Lohnausfallprinzip); vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 203. Dabei sind alle Vergütungsbestandteile miteinzubeziehen, ausgenommen Überstunden und Spesen, Fahrgeld; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 211, 214.

[1]vgl. BAG vom 27.03.2014, Az. 6 AZR 621/12 und 16.03.198, Az. 4 AZR 626/87 (Freischicht aufgrund rollierenden Schichtsystems)

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn ihre Arbeit allein aufgrund einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit ausfällt. Der Anspruch besteht gemäß § 1 EFZG für alle Arbeiter und Angestellten, einschließlich Azubi, Aushilfen und Teilzeitkräfte; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn.102, 110.

<u>Anspruchsvoraussetzungen:</u>

- Erfüllung der vierwöchigen Wartezeit gemäß § 3 Abs. 3 EFZG
- Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit führt gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG
- Unverschuldete Arbeitsunfähigkeit (Problemfälle: Schönheits-OP, Unfall bei Trunkenheit, Risikosport)

Maßgeblich für die Höhe der Entgeltfortzahlung ist das Entgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall verdient hätte (sog. Lohnausfallprinzip); vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 139. Dabei sind alle Vergütungsbestandteile miteinzubeziehen, ausgenommen Überstunden und Spesen, Fahrgeld; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 142, 147.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG besteht der Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von bis zu sechs Wochen. Bei wiederholter Erkrankung/Arbeitsunfähigkeit ist § 3 Abs. 2 EFZG zu beachten. Erkrankt der Arbeitnehmer während der Arbeit, zählt dieser Tag nicht mit; vgl. BAG vom 26.02.2003, Az. 5 AZR 112/02 und Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 124.

Der Arbeitnehmer ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung muss nicht persönlich, kann durch andere Personen erfolgen; vgl. BAG vom 31.08.1989, Az. 2 AZR 13/89 und Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 156.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG eine ärztliche Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit einzuholen und dem Arbeitgeber am darauffolgenden Arbeitstag (ggf. der 4. Krankheitstag) vorzulegen; vgl. BAG vom 01.10.1997, 5 AZR 726/96 und Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 157. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ist der Arbeitgeber berechtigt, die ärztliche Bescheinigung früher zu verlangen.

Gemäß § 616 Satz 1 BGB behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch trotz nicht erbrachter Arbeitsleistung, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund unverschuldet für eine verhältnismäßig kurze[1] Zeit verhindert war, die Arbeit zu leisten. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers kann u.a. vertraglich ausgeschlossen werden.

Häufige Anwendungsfälle[2] sind

- Familiäre Ereignisse, bspw. Hochzeit, Niederkunft der Partnerin oder Todesfall
- Persönliche Unglücksfälle, bspw. Einbruch, Brand oder Umzug
- Erfüllung öffentlicher oder religiöser Pflichten, bspw. ehrenamtliche Richtertätigkeit, Zeugenladung
- Kurzfristig notwendige Pflege naher Angehöriger

[1]vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 99: bis zu 5 Arbeitstage

[2]vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 89

Bleibt ein Arbeitnehmer der Arbeit fern, um ein betreuungsbedürftiges Kind -nach ärztlichem Attest notwendig- zu pflegen, und steht dafür keine andere Betreuungsperson im Haushalt bereit, sind Ansprüche gemäß § 45 SGB V zu prüfen, die auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Krankengeld abzielen; § 45 Abs. 3, Abs. 1 SGB V.

**Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber**

Unter oben benannten Voraussetzungen haben Arbeitnehmer gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung. Diesen Anspruch haben auch privat versicherte Arbeitnehmer; § 45 Abs. 5 SGB V.

**Krankengeldanspruch gegen die Krankenversicherung**

Unter oben benannten Voraussetzungen haben gesetzlich versicherte Arbeitnehmer gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld, wenn auch das Kind gesetzlich krankenversichert ist. Der Anspruch ist gegenüber einem Lohnzahlungsanspruch gemäß § 616 BGB subsidiär; vgl. Tschöpe/Grimm Teil 2B Rn. 99 und ErfK/Rolfs SGB V § 1 Rn. 2.

**Anspruch auf Krankengeld gemäß § 44 Abs. 1 SGB V hat, wer**

- gemäß §§ 5 oder 9 SGB V pflicht- oder freiwillig gesetzlich krankenversichert, und nicht gemäß § 44 Abs. 2 SGB V von Leistungen ausgeschlossen ist,
- gemäß § 44 Abs. 1 SGB V arbeitsunfähig ist, bezogen auf eine vor der Arbeitsunfähigkeit gleichwertig ausgeübte Tätigkeit; vgl. ErfK/Rolfs SGB V § 44 Rn. 8,
- gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V die Arbeitsunfähigkeit seiner Krankenkasse rechtzeitig gemeldet hat und
- kein sonstiger Ausschlussgrund vorliegt; bspw. gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V bei Sperrzeit oder § 52 GBV V bei selbstverschuldeter Krankheit.

Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB V wird das Krankengeld bezogen auf dieselbe Krankheit innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren begrenzt auf die Dauer von höchstens 78 Wochen ausgezahlt; einschließlich der Zeiten einer Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber.

Gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 SGB V wird das Krankengeld grundsätzlich in Höhe von 70 Prozent des regelmäßigen, versicherungspflichtigen Einkommens des Arbeitsnehmers ermittelt, das er in den letzten vier Wochen vor der Arbeitsunfähigkeit erzielt hatte; § 47 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

Krankengeld ist sozialversicherungs- und steuerrechtlich begünstigt. Gemäß § 166 Nr. 1 SGB VI werden aus lediglich 80 Prozent des dem Krankengeld zugrundeliegenden Regelentgelts die Beiträge zur Sozialversicherung errechnet; gemäß § 3 Abs. 1a Nr. EStG besteht Steuerfreiheit.

Gemäß § 15 Abs. 1 BEEG haben Arbeitnehmer Anspruch auf Elternzeit, wenn sie

- mit einem Kind, zu dem eine personale Beziehung besteht (siehe unten),
- in einem Haushalt zusammenleben und
- es selbst pflegen und erziehen.

✓ Leibliches Kind (ohne Sorgeberechtigung mit Zustimmung des Sorgeberechtigten; § 15 Abs. 1 Satz 2 BEEG)

✓ Adoptionspflege oder Vollzeitpflege gemäß § 1744 BGB

✓ Kind des Ehegatten oder Lebenspartner

✓ Enkelkind unter der Voraussetzung des § 15 Abs. 1a BEEG

✓ Härtefälle des § 1 Abs. 4 BEEG

Gemäß § 16 Abs. 1 BEEG ist das Gestaltungsrecht der Elternzeit vom Arbeitnehmer

- spätestens sieben Wochen vor dem gewünschten Beginn
- schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber mitzuteilen
- unter konkreter Angabe von Beginn und Dauer
- jedenfalls für die ersten zwei Lebensjahre des Kindes

Der Anspruch auf Elternzeit besteht gemäß § 15 Abs. 3 BEEG anteilig unter den Eltern bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindesund unter Anrechnung der Mutterschutzfristen; § 15 Abs. 2 und 3 BEEG.

Während der Elternzeit ruhen die Hauptleistungspflichten bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer bleibt aktiv und passiv wahlberechtigt zur Betriebsratswahl. Betriebsratsmitglieder haben ein Wahlrecht zur Ausübung ihres Amtes; vgl. BAG vom 25.05.2005, Az. 7 ABR 45/04 zu Fahrtkostenerstattung zur BR-Sitzung.

Gemäß § 15 Abs. 5 und 7 BEEG besteht während der Elternzeit ein Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Arbeitgeber beschäftigt mehr als 15 Arbeitnehmer, ausgenommen der Azubi
- Erfüllung der Wartezeit von sechs Monaten
- Teilzeitverlangen für mindestens zwei Monate im Umfang von 15 – 30 Stunden
- Rechtzeitige (7 bzw. 13 Wochen vor Beginn) schriftliche (§ 126 BGB) Geltendmachung
- Keine entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe

Sinnvoll und möglich ist es, den Antrag auf Elternzeit zeitlich zusammen mit dem Antrag auf Teilzeitbeschäftigung zu stellen; ggf. sogar bedingt zu verknüpfen; vgl. BAG vom 15.04.2008, Az. 9 AZR 380/07 (bei Ablehnung der Teilzeit keine Elternzeit).

Beachte § 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 SGB V bei privatkrankenversicherten Arbeitnehmern !

Gemäß § 1 Abs. 1 BEEG sind Arbeitnehmer während der Elternzeit für das Elterngeld bezugsberechtigt:

- Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland
- Eigene Betreuung eines Kindes in häuslicher Gemeinschaft
- Kein gelebtes Beschäftigungsverhältnis über 30 Wochenstunden; § 1 Abs. 6 BEEG

Gemäß § 2 Abs. 1 BEEG beträgt das Elterngeld grundsätzlich 67 Prozent des durchschnittlichen Monatsnettogehalts der letzten zwölf Monate (§ 2b BEEG) vor der Geburt des Kindes. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 Satz 1 BEEG beträgt es mindestens 300,00 € monatlich, höchstens 1.800,00 €. Liegt das zugrunde zu legende Monatsnetto unter 1.000,00 €, erhöht sich der Prozentsatz von 67 um 0,1 für jede Unterschreitung um 2,00 €.

Einkünfte aus dem Elterngeld sind gemäß § 3 Nr. 67 EStG steuerfrei, unterliegen aber dem Progressionsvorbehalt.

Verursacht ein Arbeitnehmer in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung[1] einen Schaden, ist für die Frage des Schadenersatzes und der Haftung gemäß §§ 280, 823ff. BGB wie folgt zu unterscheiden:

**Sachschaden**

- am Eigentum des Arbeitgebers: Privilegierte Haftung im Arbeitsverhältnis analog § 254 BGB
- am Eigentum eines Beschäftigten des Betriebs: volle Haftung nach außen, interner analog § 254 BGB
- am Eigentum Betriebsfremder: volle Haftung nach außen, interner Freistellung analog § 254 BG

**Personenschaden**

- gegenüber einem Beschäftigten des Betriebs: gesetzliche Sonderreglung des § 105 SGB VII
- gegenüber Betriebsfremden: volle Haftung nach außen, interner Freistellung analog § 254 BGB

[1]vgl. LAG Schleswig-Holstein vom 26.04.2016, Az. 1 Sa 247/15

Im Rahmen der sog. privilegierten Haftung im Arbeitsverhältnis in analoger Anwendung der Regelung des § 254 BGB ist auf 1. Stufe zu prüfen, ob der Arbeitnehmer überhaupt haftet, auf 2. Stufe in welchem Maße.

**1. Haftung dem Grunde nach – entsprechend dem Grad des Verschuldens**

- volle Haftung für Vorsatz und grober Fahrlässigkeit
- anteilige Haftung für mittlere Fahrlässigkeit
- keine Haftung bei leichter Fahrlässigkeit

**2. Haftung der Höhe nach**

- volle Haftung bei Vorsatz und in der Regel bei grober Fahrlässigkeit
- Haftungsbegrenzung unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls, z.B. nach Versicherbarkeit durch Arbeitgeber, Verdienst und soziale Verhältnisse des Arbeitnehmers, Vorverhalten, Arbeitgebermitverschulden

[1]vgl. Tschöpe/von Steinau-Steinrück Teil 2I Rn. 16, 22 und ErfK/Preis BGB § 619a Rn. 13


1. Verrentung
2. Auflösungsvertrag
3. Befristung
4. Ordentliche Kündigung
5. Außerordentliche Kündigung
6. Anfechtung
7. Tod

## einseitige Rechtsgestaltung

Einer der Vertragspartner nimmt ohne die Zustimmung des Anderen Einfluss auf das Vertragsverhältnis durch

- einseitig
- empfangsbedürftige
- Willenserklärung
- (Zugangsproblematik)

Bsp.: Abmahnung, Kündigung, Rücktritt, Widerruf, Anfechtung

## zweiseitige Rechtsgestaltung

Die (angehenden) Vertragspartner nehmen einvernehmlich Einfluss auf das Vertragsverhältnis durch

- Abgabe
- von zwei übereinstimmenden
- Willenserklärungen zu
- allen wesentlichen Vertragsinhalten

Bsp.: Arbeitsvertrag, Änderungsvertrag oder Auflösungsvertrag

Die Vertragsparteien können ihr bestehendes Arbeitsverhältnis jederzeit einvernehmlich aufheben, unabhängig davon, ob bereits eine Kündigung ausgesprochen (Abwicklungsvertrag) ist oder nicht (Aufhebungsvertrag).

Häufige Regelungspunkte bzw. Problemfelder im Zusammenhang mit einem Auflösungsvertrag sind:

- Einhaltung der notwendigen Schriftform des § 623 BGB
- Beachtung der persönlichen ordentlichen Kündigungsfrist
- Verhandlung einer Abfindungszahlung und konkreten Auszahlungstermins wegen steuerlicher Behandlung
- Sperrzeitrisiko in Bezug auf ALG-Leistungen gemäß § 159 SGB III
- Erteilung von Zwischen- und Endzeugnis, bestenfalls mit Notenstufe und Abschlussformel
- Freistellung und vorzeitige Beendigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers
- Zeitpunkt der Herausgabe gestellter Betriebsmittel
- Regelung offener Ansprüche, bspw. aus leistungsorientierter Vergütung, Resturlaub, Spesen, Darlehen

Eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung (z.B. Kündigung) wird erst dann rechtserheblich, wenn sie dem anderen Vertragspartner zugeht. An diesen Zugang der Erklärung sind häufig Fristen geknüpft.

Ist die schriftliche (§§ 623, 126 BGB) Kündigungserklärung dem Vertragspartner persönlich übergeben worden, ist der Zugang sofort bewirkt, die Kündigung damit zunächst wirksam. Nicht entscheidend ist, dass der Empfänger die Kündigung auch tatsächlich liest; vgl. BAG vom 04.11.2004, Az. 2 AZR 17/04 und Tschöpe/Schulte Teil 3D Rn. 89.

Ist die Kündigung unter Abwesenheit des anderen erklärt worden, gilt der Zugang als bewirkt, wenn die Erklärung dem Machtbereich des Empfängers zugeführt wurde und dieser unter gewöhnlichen Umständen Kenntnis erlangen konnte, unabhängig davon, wann er tatsächlich[1] Kenntnis genommen hat, oder ob er aufgrund besonderer Umstände zunächst gehindert[2] war; vgl. BAG vom 16.01.1976, Az. 2 AZR 619/74 und BAG vom 26.03.2015, Az. 2 AZR 483/14.

[1]Zugang bei Einwurf bis 17:00 Uhr; vgl. LAG Baden-Württemberg vom 18.12.2018, Az. 9 Sa 69/18 ⇔ BAG vom 22.08.2019, Az. 2 AZR 111/19

[2]auch bei Abwesenheit wegen Urlaub, Krankheit, Kur, Inhaftierung, vgl. BAG vom 22.03.2012, Az. 2 AZR 224/11

Im Streitfall hat der Erklärende im Prozess darzulegen und zu beweisen:

1. den Zugang der Erklärung und
2. den Zeitpunkt des Zugangs und
3. den Inhalt seiner Erklärung

Der Zugang kann auf unterschiedliche Weise und mit unterschiedlichem Risiko bewirkt werden:

- Versand per (einfachem) Brief
- Versand per Einschreiben[1]
- Übergabe[2] / Einwurf per Bote
- Übergabe an den Empfänger persönlich

[1]kein Anscheinsbeweis ordnungsgemäßer Zustellung beim sog. Scan-Verfahren per Einwurfeinschreiben; BAG vom 07.05.2026, Az. 2 AZR 184/25

[2]bei Übergabe an Dritte kommt es auf die Empfangsberechtigung nach Verkehrsauffassung an; vgl. Tschöpe/Schulte Teil 3D Rn. 95

**0**

- Die ordentliche Kündigung während vereinbarter Probezeit (§ 622 Abs. 3 BGB) und außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1, 23 KSchG) bedarf keiner besonderen Begründung.

**1**

- Die ordentliche Kündigung im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes bedarf der sozialen Rechtfertigung (Kündigungsgrund) im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG.

**2**

- Die außerordentliche, fristlose Kündigung bedarf gemäß § 626 Abs. 1 BGB stets eines wichtigen Grundes zur Kündigung.

Die Kündigungsfrist[1] einer ordentlichen Kündigung bestimmt sich nach

- dem anwendbaren Tarif; § 622 Abs. 4 BGB,
- dem Arbeitsvertrag (BAG vom 26.10.2017, Az. 6 AZR 158/16 bei kompensationsloser Verlängerung der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers) oder
- den gesetzlichen Bestimmungen des § 622 Abs. 1 – 3 BGB.

Sofern eine tarifliche oder vertragliche Regelung nicht vorgeht, gilt folgende gesetzliche Regelung:

- Die Kündigungsfrist während der Probezeit beträgt zwei Wochen; § 622 Abs. 3 BGB
- Die Kündigungsfrist während der ersten zwei Jahre beträgt vier Wochen; § 622 Abs. 1 BGB
- Die Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer beträgt auch nach zwei Jahren noch vier Wochen; § 622 Abs. 1 BGB
- Die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber richtet sich nach zwei Jahren nach der Staffelung des § 622 Abs. 2 BGB

[1]zu Ausbildungszeiten und Betrirebsseniorität vgl. BAG vom 30.09.2010, Az. 2 AZR 456/09; 02.12.1999, Az. 2 AZR 139/99; 20.08.2003, Az. 5 AZR 436/02

# Gründe der ordentlichen Kündigung

## betriebsbedingt

Der Kündigungsgrund liegt allein in der betrieblichen Sphäre

Voraussetzungen:

- betrieblich veranlasster Arbeitsplatzwegfall
- kein anderer, freier Arbeitsplatz vorhanden
- Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG

## personenbedingt

Der Arbeitnehmer will, kann aber nicht mehr vertragstreu arbeiten

Voraussetzungen:

- Betriebsablaufstörung mit negativer Prognose
- keine anderer, freier Arbeitsplatz vorhanden
- Interessenabwägung (§ 167 Abs. 2 SGB IX[1])

[1]LAG Hessen 17.02.2017, Az. 14 Sa 690/16

## verhaltensbedingt

Der Arbeitnehmer kann, will aber nicht mehr vertragstreu arbeiten.

Voraussetzungen:

- Vertragsverletzung als Kündigungsgrund
- vorherige Abmahnung
- Interessenabwägung und Gesamtwürdigung der Umstände (Einzelfall)

Bildung eines Kreises der zur Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer des Betriebs, auf der Basis bestehender qualifikationsbezogener und vertraglicher Austauschbarkeit.

Ausnahme derjenigen Arbeitnehmer mit Kündigungsschutz oder deren Weiterbeschäftigung wegen ihrer besonderen Leistungen und Fähigkeiten im betrieblichen Interesse liegen; § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG.

Vergleich der sodann zur Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer anhand der gesetzlichen Sozialdaten (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG):
Betriebszugehörigkeit – Alter – Unterhaltspflichten – Schwerbehinderung

Aufgrund unterschiedlicher gesetzlicher Grundlage können Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz genießen:

- ✓ Kündigungsverbot gemäß § 17 MuSchG für werdende Mütter bis vier Monate nach der Entbindung
- ✓ Kündigungsverbot gemäß § 18 BEEG für Arbeitnehmer/Auszubildende bei Elternzeit
- ✓ Sonderkündigungsschutz gemäß § 5 PflegeZG für Arbeitnehmer/Auszubildende
- ✓ Sonderkündigungsschutz gemäß § 2 Abs. 3 FPfZG
- ✓ Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 KSchG für betriebliche Amtsträger
  - Mitglied des Betriebsrats und Jugend- und Auszubildendenvertretung; § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG
  - Mitglied des Wahlvorstands zur Betriebsratswahl und Wahlbewerber (Kandidat); § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG
  - Wahlinitiatoren; § 15 Abs. 3a Satz 1 KSchG
  - Mitglied des Europäischen Betriebsrats; § 40 Abs. 1 Satz 1 EBRG i.V.m. § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG
- ✓ Kündigungsschutz gemäß § 6 Abs. 4 Satz BDSG des Datenschutzbeauftragten

# Punkteschema zu den Sozialdaten

BAG vom 18.09.2018, Az. 9 AZR 20/18

**Betriebszugehörigkeit**

1 Punkt pro Jahr der Betriebszugehörigkeit

**Lebensalter**

1 Punkt pro Lebensjahr

**Unterhaltspflichten**

8 Punkte pro Unterhaltsberechtigten (Ehegatten/Lebenspartner oder Kind)

**Schwerbehinderung**

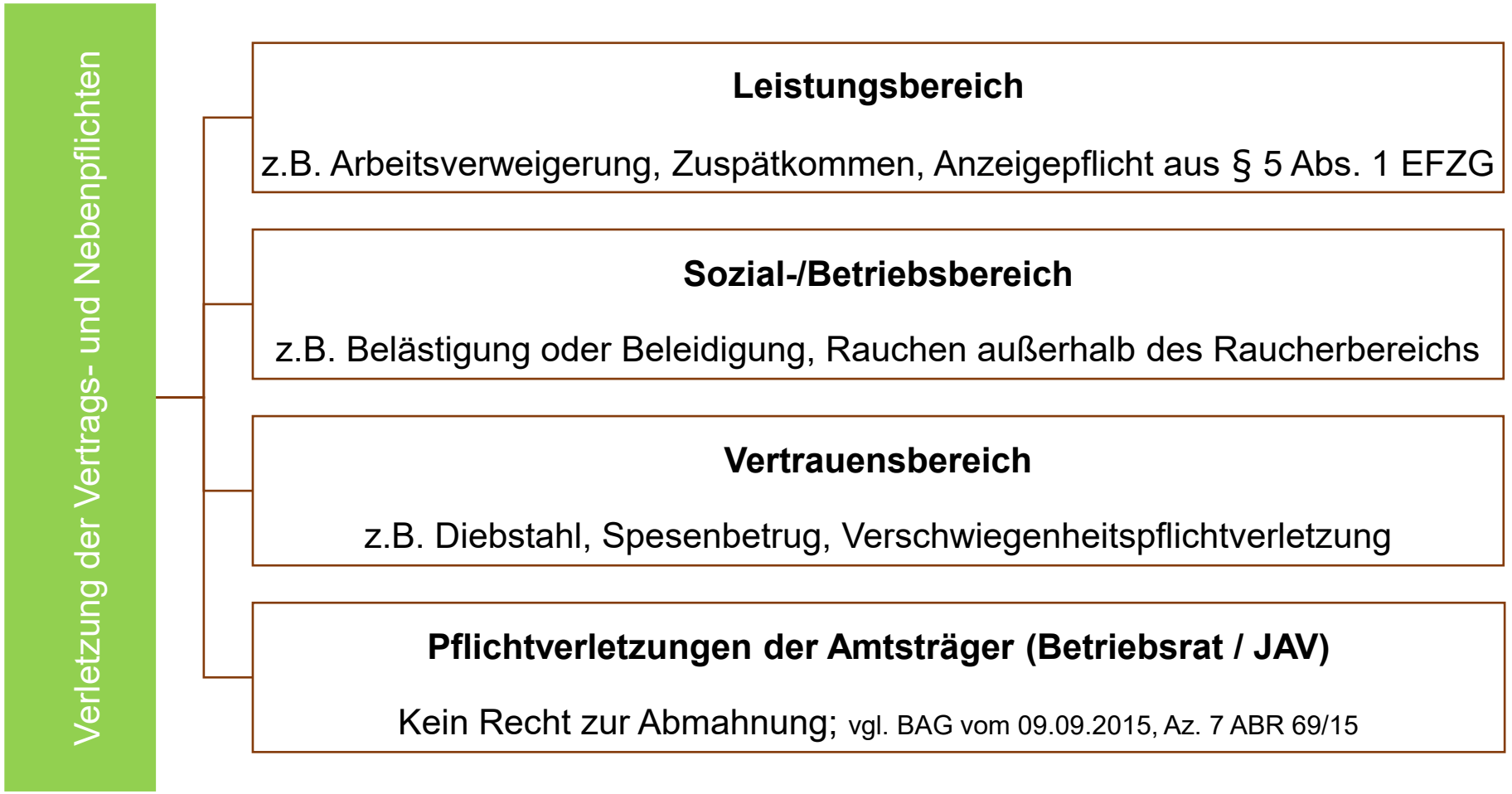
5 Punkte bei einem G.d.B. von 50 zzgl. 1 Punkte pro erhöhtem G.d.B. um 10

Eine verhaltensbedingte ordentliche Arbeitgeberkündigung setzt neben einer Vertragsverletzung, die an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund darzustellen, eine vorherige Abmahnung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB voraus.

Grundsätzliches[1] zur Abmahnung:

- ✓ Abmahnungsberechtigt ist jeder disziplinarische oder fachliche Vorgesetzte des Arbeitnehmers
- ✓ Die Abmahnung ist formfrei, muss demnach nicht schriftlich erfolgen (aber: Beweislast!)
- ✓ Eine vorherige Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers ist nicht zwingend erforderlich
- ✓ Es besteht keine zwingende Regelausschlussfrist zum Ausspruch der Abmahnung
- ✓ Es besteht nach Ausspruch der Abmahnung keine starre Verfallsfrist; vgl. BAG vom 10.10.2002, Az. 2 AZR 418/01
- ✓ Zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung der Abmahnung ist, dass sie der Hinweis und Warnfunktion gerecht wird. Der Gläubiger hat dem Schuldner die Vertragsverletzung konkret darzulegen (wer – wann – was)

[1]vgl. Tschöpe/Rinck Teil 3E Rn. 160ff.


Verletzung der Vertrags- und Nebenpflichten
Leistungsbereich
z.B. Arbeitsverweigerung, Zuspätkommen, Anzeigepflicht aus § 5 Abs. 1 EFZG
Sozial-/Betriebsbereich
z.B. Belästigung oder Beleidigung, Rauchen außerhalb des Raucherbereichs
Vertrauensbereich
z.B. Diebstahl, Spesenbetrug, Verschwiegenheitspflichtverletzung
Pflichtverletzungen der Amtsträger (Betriebsrat / JAV)
Kein Recht zur Abmahnung; vgl. BAG vom 09.09.2015, Az. 7 ABR 69/15

## Reaktionsmöglichkeiten auf erteilte Abmahnung

- Der Arbeitnehmer kann das klärende Gespräch mit dem Arbeitgeber suchen, um ggf. die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte zu erreichen.
- Der Arbeitnehmer kann gemäß § 83 Abs. 2 BetrVG eine Gegendarstellung zur Abmahnung verfassen, die der Personalakte beizufügen ist.
- Der Arbeitnehmer kann -fristungebunden- auf Entfernung der schriftlichen Abmahnung aus der Personalakte klagen; vgl. BAG vom 13.04.1988, Az. 5 AZR 537/86
- Der Arbeitnehmer kann zunächst abwarten, die Abmahnung in einem folgenden Kündigungsschutzprozess angreifen; vgl. BAG vom 13.03.1987, Az. 7 AZR 601/85

Die Vertragsparteien können das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich, d.h. ohne Einhaltung einer Frist sofort kündigen und beenden, wenn Tatsachen vorliegen, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der eigentlichen Kündigungsfrist unzumutbar machen; § 626 Abs. 1 BGB.

Prüfungsfolge der außerordentlichen Kündigung; vgl. Tschöpe/Rinck Teil 3F Rn. 19:

1. **Ist der Sachverhalt grundsätzlich geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen?**
   - ✓ bei einer schweren, regelmäßig schuldhaften Verletzung der Haupt- oder Nebenpflicht
2. **Interessenabwägung unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls**
   - Dauer des (zuvor unbelasteten) Arbeitsverhältnisses
   - Ausmaß der entstandenen betrieblichen Beeinträchtigung oder Schädigung
   - Grad des Schuldvorwurfs
   - Wiederholungsgefahr und Prognose
   - Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip)

Spricht der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung aus, entstehen/drohen dem Arbeitnehmer regelmäßig nicht unwesentliche Nachteile:

- Sofortiger Verlust des Arbeitsplatzes unter Entfernung des Arbeitnehmers aus dem Betrieb
- Sofortige Einstellung der weiteren Lohn-/Gehaltszahlungen durch den Arbeitgeber
- Verlust in Aussicht stehender Bonuszahlungen oder Verpflichtung zu deren Rückzahlung
- Ungerader Beendigungstermin im Arbeitszeugnis (und Zeugniswahrheit)
- Verhängung einer Sperrzeit durch die Agentur für Arbeit in Bezug auf ALG-Leistungen; § 159 SGB III
- Ausschluss des Weiterbeschäftigungsanspruchs gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG

Neben der ordentlichen Kündigung und der außerordentlichen Kündigung sind weitere Sonderformen der Kündigung praxisrelevant:

- Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist
- Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung
- Verdachtskündigung
- Druckkündigung
- Änderungskündigung
- Betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot gemäß § 1a KSchG

Will sich ein Arbeitnehmer gegen eine schriftliche Kündigung, gleich ob ordentlich oder außerordentlich, zur Wehr setzen, hat er innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage zum zuständigen Arbeitsgericht zu erheben, andernfalls gilt die Kündigung als wirksam; §§ 4, 7 KSchG.

Nur unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer unter Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage fristgerecht zu erheben, kann er einen Antrag auf nachträglich Zulassung der Klage bei Gericht stellen; § 5 KSchG.

Der Arbeitnehmer kann gemäß § 3 KSchG binnen Wochenfrist Einspruch gegen die Kündigung beim Betriebsrat einlegen. Der Einspruch hemmt die Klagefrist des § 4 KSchG nicht. Eine Kündigung als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung kann nach ihrem Zugang auch nicht mehr einseitig widerrufen werden; § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Beseitigung der Kündigung und ihrer Folgen ist allenfalls einvernehmlich möglich.

Hat der Arbeitnehmer gegen eine Beendigungskündigung fristgerecht Kündigungsschutzklage bei Gericht erhoben, ist für das Verfahren u.a. folgendes zu beachten:

- Prozessführung und Prozessvertretung gemäß § 11 ArbGG
- Kostentragungspflicht der Parteien gemäß § 12a Abs. 1 ArbGG
- Güteverhandlung vor dem Einzelrichter innerhalb von zwei Wochen gemäß §§ 54 Abs. 1, 61a Abs. 2 ArbGG
- Dispositionsfreiheit der Parteien und Antragsbindung des Gerichts gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 308 Abs. 1 ZPO
- Auflösungsanträge durch die Parteien gemäß § 9 Abs. 1 KSchG und Abfindung gemäß § 10 KSchG
- Anrechnung von Zwischenverdienst und Sozialleistungen gemäß § 11 KSchG
- Neues Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers und Auflösung des Alten gemäß § 12 KSchG

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben Arbeitnehmer gemäß § 109 Abs. 1 GewO einen Anspruch auf Erteilung eines (qualifizierten) Arbeitszeugnisses. In entsprechender Anwendung gilt dies für ein Zwischenzeugnis, sofern ein begründeter Anlass besteht, z.B. Vorgesetztenwechsel, Versetzung, Elternzeit, Freistellung als Betriebsrat; vgl. Tschöpe/Wessel Teil 3K Rn. 27.

Bei der Zeugniserstellung hat sich der Arbeitgeber um größtmögliche Objektivität zu bemühen, es gilt das Prinzip des Wohlwollens und der Zeugniswahrheit[1]. Bei der Beurteilung von Leistung und Verhalten kommt dem Arbeitgeber ein Ermessensspielraum[2] zu. Das Zeugnis muss klar und verständlich ausgedrückt sein und darf keine verklausulierte Zeugnissprache verwenden; § 109 Abs. 2 GewO.

[1]vgl. LAG Hamm vom 29.07.2005, Az. 4 Ta 594/04 zur branchenüblichen Angabe über die Ehrlichkeit einer Kassiererin

[2]vgl. BAG vom 14.10.2003, Az. 9 AZR 12/03

Das Zeugnis dient auch dem beruflichen Fortkommen des Arbeitnehmers und muss daher von der äußeren Form[1] her (Firmenbriefbogen, Schriftgestaltung, Datum, Aussteller) entsprechend gestaltet sein.

Der typische Aufbau eines qualifizierten Zeugnisses beinhaltet folgendes:

- Kurze prägnante Beschreibung des Arbeitgebers
- Name, Eintrittsdatum und Berufsbezeichnung des Arbeitnehmers
- Auflistung der übertragenen Aufgaben und Tätigkeiten
- Konkrete Leistungsbeurteilung
- Konkrete Verhaltensbeurteilung
- Abschlussformel[2] (ggf. Dank- und Wunschformel)
- Ort, Datum Unterschrift des Ausstellers

[1]vgl. Tschöpe/Wessel Teil 3K Rn. 32ff.

[2]vgl. LAG München vom 15.07.2021, Az. 3 Sa 188/21 – kein Anspruch auf Erteilung oder Änderung einer Abschlussformel

Typische Aspekte der Leistungsbeurteilung; vgl. Tschöpe/Wessel Teil 3K Rn. 41:

- Fachkenntnisse und Qualifikationen
- Engagement und Leistungsbereitschaft
- Qualität und Quantität der Arbeitsergebnisse
- Effektivität und Sorgfalt in der Erledigung der Arbeiten
- Vielseitigkeit und Interesse
- Fortbildungsbereitschaft und Spezialkenntnisse

Typische Aspekte der Verhaltensbeurteilung:

- Sozialverhalten in Bezug auf Vorgesetzte, Kollegen, Kunden und Geschäftspartner
- Zusammenarbeit in Bezug Kooperations- und Kompromissbereitschaft und Führungsverhalten

Typische Formulierungen der Leistungsbeurteilung; vgl. Tschöpe/Wessel Teil 3K Rn. 47:

1. stets zu unserer vollsten Zufriedenheit
2. stets zu unserer vollen Zufriedenheit
3. zu unserer vollen Zufriedenheit (Notenstufe bei normaldurchschnittlicher Leistung)[1]
4. zu unserer Zufriedenheit

Typische Formulierungen der Verhaltensbeurteilung; vgl. Tschöpe/Wessel Teil 3K Rn. 47a:

1. stets vorbildlich
2. vorbildlich
3. stets einwandfrei / korrekt
4. ohne Tadel / gab keinen Anlass zu Beanstandungen

[1]vgl. BAG vom 18.11.2014, Az. 9 AZR 584/13 – auch zur Beweislast

Gemäß § 159 Abs. 1 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer der Sperrzeit, wenn der versicherte Arbeitnehmer sich ohne wichtigen Grund versicherungswidrig verhalten hat. An ein versicherungswidriges Lösen des Arbeitsverhältnisses wird in der Regel in nachfolgend dargestellten Sachverhalten zu denken sein:

- ✓ Eigenkündigung des Arbeitnehmers
- ✓ Verhaltensbedingte Arbeitgeberkündigung, insbesondere bei außerordentlich fristloser Kündigung
- ✓ Abschluss eines Aufhebungsvertrags
- ✓ Beteiligungssachverhalte und tatsächliche Arbeitsaufgabe durch den Arbeitnehmer

Die bloße Hinnahme der Arbeitgeberkündigung (personen- oder betriebsbedingt) reicht dazu nicht. Deshalb ist kein Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich gezwungen, eine Kündigungsschutzklage zu erheben; es sei denn, die Kündigung ist offensichtlich unwirksam; vgl. Tschöpe/Oberthür Teil 7A Rn. 81, 100.

Will der versicherte Arbeitnehmer versuchen, die Verhängung einer Sperrzeit trotz des versicherungswidrigen Lösens zu vermeiden, muss ein wichtiger Grund vorgetragen und im Streitfall bewiesen werden.

Als wichtiger Grund kann u.a. vorgetragen werden:

- ✓ Um-/ Zuzug zum Ehegatten / eingetragenen Lebenspartner
- ✓ Um-/ Zuzug zum eigenen minderjährigen Kind
- ✓ Erhebliche Pflichtverletzungen durch den Arbeitgeber, insbesondere Lohnzahlungsverzug
- ✓ Insolvenz des Arbeitgebers
- ▪ Strittig bei Um-/ Zuzug zum langjährigen nichtehelichen Lebenspartner; vgl. SG München vom 22.07.2011, Az. S 57 AL 816/08

Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung überlässt der Verleiher einem Dritten, dem Entleiher Arbeitnehmer, damit diese im Betrieb des Entleihers und auf seine Weisungen hin die Arbeitsleistung erbringen. Der Verleiher ist und bleibt Vertragsarbeitgeber, der Entleiher übt für die Dauer der Überlassung das Weisungsrecht aus.

Arbeitgeber, die als Verleiher anderen Arbeitgebern Arbeitnehmer überlassen wollen, benötigen dazu eine Erlaubnis der Agentur für Arbeit; § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Einschränkungen der Erlaubnispflicht bestehen, wenn die Überlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweigs zur Vermeidung von Kurzarbeit oder betriebsbedingten Entlassungen oder innerhalb eines Konzernunternehmens erfolgt; § 1 Abs. 3, § 1a AÜG.

Fehlt dem Verleiher die erforderliche Genehmigung, ist der Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher unwirksam mit der Rechtsfolge, dass zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher ein Arbeitsvertrag zu den beim Entleiher üblichen Konditionen entsteht; §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG.

Im Rahmen wirksamer Arbeitnehmerüberlassung gilt gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG der Equal-Pay-Grundsatz. Der Entleiher muss dem Leiharbeitnehmer für die Dauer seiner Beschäftigung alle betriebsüblichen wesentlichen[1] Arbeitsbedingungen bieten.

Eine Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher oder Entleiher und Leiharbeitnehmer, die diesem Equal-Pay-Grundsatz widerspricht, ist gemäß § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam. Eine unterschiedliche Behandlung der Leiharbeitnehmer ist alleine aufgrund eines anwendbaren Tarifvertrags möglich; § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG.

Verstöße gegen diesen Grundsatz können zum Entzug bzw. Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung führen; §§ 5, 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG.

[1]wesentliche Arbeitsbedingungen sind u.a.: Sozialleistungen, Urlaub, Vergütung

Der Betriebsrat des Verleihers bleibt für den Leiharbeitnehmer auch in Zeiten des Einsatzes beim Entleiher zuständig, soweit das Beteiligungsrecht eine arbeitsvertragliche Anknüpfung bieten (z.B. § 102 BetrVG). Leiharbeitnehmer sind Arbeitnehmer des Verleihers im Sinne des § 5 BetrVG und damit gemäß §§ 7, 8 BetrVG sowohl aktiv als auch passiv wahlberechtigt zur Betriebsratswahl.

Der Betriebsrat des Entleihers ist für den Leiharbeitnehmer zuständig, soweit das Beteiligungsrecht eine Anknüpfung zur Beschäftigung oder sozialen Miteinander bieten (z.B. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Leiharbeitnehmer sind im Betrieb des Entleihers nicht passiv wahlberechtigt; § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG. Bei einem geplanten Einsatz von länger als drei Monaten sind sie aktiv wahlberechtigt; § 7 Satz 2 BetrVG.

Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen gesetzlicher Schwellenwerte zeigt folgenden Stand der Rechtsprechung:

- § 9 BetrVG – Zahl der Betriebsratsmitglieder; vgl. BAG vom 13.03.2013, Az. 7 ABR 69/11 (wenn regelmäßig beschäftigt)
- § 38 BetrVG – Freistellungen; vgl. LAG BW vom 27.02.2015, 9 TaBV 8/14 und Fitting § 38 Rn. 9 und Tschöpe/Zerbe Teil 4A Rn. 153
- § 111 BetrVG – Betriebsänderung; vgl. BAG vom 18.10.2011, Az. 1 AZR 335/10 (wenn wahlberechtigt; § 7 Satz 2 BetrVG)
- § 23 KSchG – Geltungsbereich; vgl. BAG vom 24.01.2013, Az. 2 AZR 140/12 (wenn regelmäßig beschäftigt)
- § 9 MitbestG – Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; vgl. BAG vom 04.11.2015, Az. 7 ABR 42/13 (Stammarbeitsplatz)

Nach Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) soll jeder Mensch selbst bestimmen können, welche Informationen er zu seiner Person oder seinen Rechtsbeziehungen anderen gegenüber bekannt und zugänglich macht; sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Art. 1 Abs. 2 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) sichert dieses Grundrecht und diese Grundfreiheit der Menschen – selbstredend auch im Arbeitsverhältnis.

Grundsätzlich gilt für die Datenverarbeitung (wie bisher gemäß § 4 Abs. 1 BDSG a.F. auch) der Verbotsgrundsatz mit Erlaubnisvorbehalt. Datenverarbeitung ist demnach nur zulässig, wenn ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 DSGVO vorliegt[1]. Im Arbeitsverhältnis sind insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. a und b DSGVO und § 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bedeutsam.

[1]vgl. Fitting BetrVG § 83 Rn. 16ff.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist die Datenverarbeitung u.a. zulässig, wenn (alternativ) ...

a. der Betroffene seine vorherige schriftliche (vgl. § 26 BDSG) Einwilligung (vgl. Art. 7 DSGVO) hierzu erteilt hat,
b. die Verarbeitung zur Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnis erforderlich ist oder
c. die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist oder
f. die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Arbeitgeberinteressen erforderlich ist und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nicht überwiegt. (zulässige / unzulässige Fragen im Bewerbungs- oder Arbeitsverhältnis)

Daneben kann im Arbeitsverhältnis eine Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten zulässig sein, wenn tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis Straftaten begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das Interesse des Arbeitnehmers nicht überwiegt, insbesondere aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; vgl. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG.

Art. 5 Abs. 1 DSGVO bestimmt zwingende Grundsätze, die im Rahmen der Datenverarbeitung zu beachten sind, insbesondere:

a. Transparenzgebot hinsichtlich der Datenerhebung und -verarbeitung; vgl. auch Art. 12 DSGVO
b. Zweckbindung der Datenverarbeitung; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. und 14 Abs. 1 lit. c und 15 Abs. 1 lit. a DSGVO
c. Datensparsamkeit; vgl. auch Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO
d. Richtigkeit und Aktualität der Daten; vgl. auch Art. 16 und 19 DSGVO
e. ggf. Anonymisierung als milderes Mittel
f. Sicherung der Daten durch den Verantwortlichen[1]

[1]z.B. entsprechend den Vorgaben der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG a.F. mittels Zutritts- / Zugangs- / Zugriffs- / Weitergabe- / Eingabekontrolle u.a.

1
- werden überhaupt Daten verarbeitet im Sinne des Gesetzes? vgl. Art. 2 und Art. 4 Abs. 2 DSGVO
- bspw. nein, bei reiner elektronischer Zugangskarte oder Inventarisierung der Betriebsmittel

2
- liegt ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 DSGVO für die Datenverarbeitung vor; insbesondere im Fall des Art. 6 Abs. 1 lit. f ein berechtigter und überwiegender arbeitstechnischer Zweck?

3
- Erforderlichkeit und Angemessenheit der Datenverarbeitung (auch Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
- gibt es einen milderen Weg, den berechtigten Zweck und das Arbeitgeberziel zu erreichen?

4
- werden die Grundsätze der Datenverarbeitung gemäß Art. 5 DSGVO (Datensicherung und Rechte der Betroffenen) korrekt eingehalten?

Die Datenverarbeitung unterliegt wegen des typischen Einsatzes technischen Geräts in der Praxis fast ausschließlich der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Daneben kommen Mitbestimmungsrechte gemäß § 94 BetrVG (Fragerecht / Fragebogen sowie Beurteilungsgrundsätze) in Betracht, letztlich eine Beteiligung gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Sinnvoll und praxisüblich ist es, hinsichtlich der Datenverarbeitung allgemein (Rahmenbetriebsvereinbarung) und zu den einzelnen Systemen spezielle Betriebsvereinbarungen abzuschließen. Gemäß § 26 Abs. 4 Satz 1 BDSG ist eine Betriebsvereinbarung wirksame Rechtsgrundlage einer zulässigen Datenverarbeitung. Die Betriebspartner haben im Rahmen des Abschlusses der Betriebsvereinbarung die Rechte der Arbeitnehmer zu wahren und zu schützen; vgl. § 75 Abs. 2 BetrVG.

# Mögliche Inhalte einer Betriebsvereinbarung

- Konkrete Zweckbestimmung der Datenverarbeitung (Zweckbindung)
- Konkrete Beschreibung der Datenerhebung (Datensparsamkeit / ggf. Anonymisierung)
- Ort und Dauer der Datenverarbeitung und deren Speicherung
- Festlegung des Personenkreises der mit der Datenverarbeitung betrauten Personen
- Schulungsmaßnahmen für die die Daten verarbeitenden Personen
- Maßnahmen der Datensicherheit festlegen
- Rechte der Betroffenen beschreiben
- Inhaltliche und verfahrenstechnische Vorgehensweise im Fall festgestellten Missbrauchs

Der Datenschutz gilt auch für den Betriebsrat, so dass er geeignete Maßnahmen zur Verhinderung eines Missbrauchs in seinem Verantwortungsbereich zu treffen hat § 79a Satz 1. Umstritten ist, inwieweit eine Kontrolle des Betriebsrats möglich sein soll, um zu prüfen, ob dieser seiner Verpflichtung angemessen nachkommt.

Der Arbeitgeber gilt auch hinsichtlich der Datenverarbeitung durch den Betriebsrat als Verantwortlicher im Sinne der datenschutzrechtlichen Bestimmungen, § 79a Satz 2, und trägt damit die Verantwortung nach Außen, bspw. auch gegenüber der Aufsichtsbehörde. Arbeitgeber und Betriebsrat haben sich daher gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu unterstützen; § 79a Satz 3.

Unabhängig vom Datenschutz unterstehen Betriebsratsmitglieder weitreichenden Verschwiegenheitsverpflichtungen zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 79 BetrVG) oder zu persönlichen Daten der Arbeitnehmer, z.B. gemäß §§ 82 Abs. 2 Satz 3, 83 Abs. 1 Satz 3, 99 Abs. 1 Satz 3, 102 Abs. 2 Satz 5. Verstöße können zur Amtsenthebung (§ 23 Abs.1) führen oder eine Abmahnung bis hin zur außerordentlichen Kündigung rechtfertigen.


Von draußen vom Walde komm ich her. Mehr darf ich euch aus Daten-schutzgründen nicht sagen.
P u t h .

Einwendungen gegen dem Grunde nach bestehende arbeitsrechtliche Ansprüche

**Verjährung**

Es gilt die regelmäßige, 3-jährige Verjährungsfrist; §§ 195, 199 BGB

**Ausschlussfrist**

Tarifliche / vertragliche Regelungen zur schriftlichen Geltendmachung

**Verwirkung** vgl. BGH vom 31.01.2018, Az. XII ZB 133/17

Vertrauensschutz unter Beachtung des konkreten Zeit- / Umstandsmoments

**Betriebsverfassungsrecht**

Betriebsverfassungsrecht Teil 1 02 – 43

Betriebsverfassungsrecht Teil 2 44 – 95

Betriebsverfassungsrecht Teil 3 96 – 119

**Arbeitsrecht**

Arbeitsrecht Teil 1 120 – 150

Arbeitsrecht Teil 2 151 – 172

Arbeitsrecht Teil 3 173 – 197

**Sonderthemen** ab Seite 198

**Literaturverzeichnis:**

Fitting Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Franz Vahlen

Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Luchterhand

Tschöpe Handbuch Arbeitsrecht, Dr. Otto Schmidt

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck

Palandt BGB, Verlag C.H. Beck

Preis/Ulber Wissenschaftszeitvertragsgesetz, Luchterhand Verlag

**Copyright**

Soweit keine schriftliche Einwilligung erteilt ist, besteht das Copyright an diesen Seminarunterlagen, insbesondere das Recht zur Vervielfältigung und öffentlichen Nutzung, ausschließlich bei Rechtsanwalt Marco Utsch.