

# ARBEITSRECHT

April 2018

# UPDATE



## Betriebsverfassungsrecht

### Nicht jede kritische Äußerung über den Betriebsrat ist Wahlbeeinflussung

BAG, Beschluss vom 25.10.2017 – 7 ABR 10/16

Gerade in Zeiten der Betriebsratswahlen kommt immer wieder die Frage auf, ob und in welcher Weise der Arbeitgeber zur Tätigkeit des bisherigen Betriebsrats Stellung beziehen darf. § 20 Abs. 1 BetrVG verbietet die Behinderung der Betriebsratswahl, insbesondere die Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts. Zudem darf nach § 20 Abs. 2 BetrVG niemand die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen.

Aus dieser Norm wurde bislang häufig eine Neutralitätspflicht des Arbeitgebers hergeleitet. Als Gegenspieler des Betriebsrats habe sich der Arbeitgeber jeglichen Einflusses auf dessen Zusammensetzung zu enthalten. Daher dürfe der Arbeitgeber insbesondere keine Wahlpropaganda für oder gegen eine Liste oder bestimmte Wahlbewerber betreiben. Ferner sei es dem Arbeitgeber nicht gestattet, Wahlempfehlungen auszusprechen oder gezielt einzelne Bewerber zur Kandidatur aufzufordern.

In dem nun vom BAG entschiedenen Fall hatten Geschäftsführer und Personalleiter des Arbeitgebers bereits Monate vor der Betriebsratswahl Beschäftigte, die ihrer Ansicht nach besser geeignet waren als die damaligen Betriebsratsmitglieder, angesprochen und zur Kandidatur aufgefordert. Unter anderem hatte der Personalleiter auf einem Treffen von Führungskräften geäußert, jeder, der der Betriebsratsvorsitzenden seine Stimme gebe, begehe Verrat.

Tatsächlich bewarb sich eine zweite Liste um Sitze im Betriebsrat. Daraufhin haben drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs die Betriebsratswahl angefochten und sich unter anderem auf eine Verletzung der Neutralitätspflicht seitens des Arbeitgebers berufen.

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Insbesondere hat es klargestellt, dass den Arbeitgeber kein striktes, über den Wortlaut des § 20 Abs. 2 BetrVG hinausgehendes Neutralitätsgebot treffe. Das Gesetz untersage nicht jede Handlung, die geeignet ist die Wahl zu beeinflussen, sondern nur die dort genannten, d.h. vor allem das Versprechen von Vorteilen oder die Androhung von Nachteilen. Die bloße Befürchtung, wegen eines vom Arbeitgeber empfundenen Verrats irgendwie abgestraft zu werden, reiche dafür nicht aus. Auch die Gesamtstrategie des Arbeitgebers mit dem Ziel einer anderen Betriebsratszusammensetzung genüge für eine Anfechtbarkeit der Wahl nicht.

#### Praxishinweis:

Die Entscheidung des BAG ist uneingeschränkt zu begrüßen. Keine Wahl ist frei von Beeinflussung – und die Meinung anderer ist wesentlicher Bestandteil der Willensbildung. Natürlich darf der Arbeitgeber keinen Kandidaten schlechtmachen. Zudem sollten Arbeitgeber berücksichtigen, dass sie mit dem gewählten Betriebsrat später zusammenarbeiten müssen, auch wenn nicht ihre Wunschkandidaten gewinnen. Und eine Empfehlung des Arbeitgebers muss natürlich nicht immer vorteilhaft für den Kandidaten sein ...

## Kündigungsschutzrecht Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Arbeitsgericht Leipzig, Urteil vom 17.08.2017 – 8 Ca 1122/17

Der Gesetzgeber hat bereits im Dezember 2016 das Bundes-  
teilhabegesetz verabschiedet und darin unter anderem die  
Rechte der Schwerbehindertenvertretung maßgeblich ge-  
stärkt. Insbesondere hat er die Beteiligung der Schwerbehin-  
dertenvertretung zur Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündi-  
gung eines schwerbehinderten Menschen erklärt.

In einem zweiten Schritt wurde das SGB IX zum 01.01.2018  
grundlegend neu gestaltet. Die Vorschriften über den besonde-  
ren Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer be-  
finden sich nun, weitgehend inhaltsgleich, in den §§ 168 ff.  
SGB IX. § 178 Abs. 2 SGB IX lautet: „Der Arbeitgeber hat die  
Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die  
einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als  
Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrich-  
ten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die ge-  
trockene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Die Durch-  
führung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1  
getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist  
innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgül-  
tig zu entscheiden. Die Kündigung eines schwerbehinderten  
Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach  
Satz 1 ausspricht, ist unwirksam.“

Der Umgang mit § 178 SGB IX bereitet in der Praxis aufgrund  
der nur rudimentären Regelung besondere Schwierigkeiten.  
Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber die Zustimmung  
des Integrationsamtes zur Kündigung einer schwerbehinder-  
ten Arbeitnehmerin beantragt und erhalten. Nach Zugang des  
Bescheides des Integrationsamtes hat der Arbeitgeber die  
Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat unterrich-  
tet und angehört. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Leipzig  
lag darin ein Verstoß gegen die Anhörungspflicht, weil der  
Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht „vor sei-  
ner Entscheidung“ informiert und angehört hatte. Der aus  
Sicht des Gerichtes maßgebliche Zeitpunkt lag also schon im  
Antrag beim Integrationsamt. Die Anhörung der Schwer-  
behindertenvertretung müsse bereits zuvor erfolgen. Dass  
das hier nicht geschehen war, führte zur Unwirksamkeit der  
Kündigung.

### Praxishinweis:

Ob sich dem Gesetzeswortlaut tatsächlich entnehmen lässt,  
dass die Schwerbehindertenvertretung zwingend schon vor  
dem Antrag an das Integrationsamt zu unterrichten ist, ist  
umstritten. Bis zur höchstgerichtlichen Entscheidung dieser  
Frage ist Arbeitgebern jedoch dringend zu raten, eine beste-  
hende Schwerbehindertenvertretung bereits vor dem Antrag  
auf Zustimmung an das Integrationsamt anzuhören.

## Annahmeverzug Wiedereingliederungsverlangen löst keinen Annahmeverzugslohn aus

BAG vom 06.12.2017 – 5 AZR 815/16

Die Parteien streiten über die Vergütung wegen Annahmever-  
zugs, hilfsweise Schadensersatz.

Der Kläger ist bei dem beklagten Land als angestellter Lehrer  
beschäftigt. Er war seit März 2007 arbeitsunfähig erkrankt.  
Im August 2009 beehrte er schriftlich eine Wiedereinglie-  
derungsmaßnahme. Das beklagte Land führte eine Wiederein-  
gliederung nicht durch. Die Beklagte verweigerte den schuli-  
schen Einsatz des Klägers, solange nicht von einem Amtsarzt  
bestätigt sei, dass der Kläger wieder arbeitsfähig ist. Im Okto-  
ber 2009 teilte der Kläger mit, dass bei Gewährung normaler  
schulischer Rahmenbedingungen seine Arbeitsfähigkeit wie-  
der voll herstellt sei, bot seine Arbeitsleistung an und bat  
zugleich erneut um Wiedereingliederung. Das Land lehnte  
diese, wie auch die Vergütung des Klägers, ab.

Daraufhin verklagte der Kläger das Land auf mehrere zeh-  
ntausend Euro Annahmeverzugslohn, hilfsweise Schadens-  
ersatz für die Zeit von November 2009 bis September 2011.  
Er ist der Ansicht, das beklagte Land habe durch die Verwei-  
gerung der Wiedereingliederung treuwidrig die Wiederherstel-  
lung der Arbeitsfähigkeit vereitelt.

Das BAG entschied, entgegen der Vorinstanz, dass dem Klä-  
ger die eingeklagten Ansprüche nicht zustehen.

Ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzuges beste-  
he nicht, da der Kläger seine Arbeitsleistung nicht ausrei-  
chend angeboten habe. Der Arbeitnehmer müsse die Arbeits-  
leistung so anbieten, wie sie zu bewirken ist. Dafür genügt  
das Angebot einer Tätigkeit in einem Wiedereingliederungs-

verhältnis iSv. § 74 SGB V nicht, da dieses nicht Teil des Arbeitsverhältnisses sei, sondern daneben ein Vertragsverhältnis eigener Art darstelle. Anders als das Arbeitsverhältnis sei das Wiedereingliederungsverhältnis nicht durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet, sondern durch den Rehabilitationszweck. Die Tätigkeit des Arbeitnehmers sei auf die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit und nicht auf die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gerichtet. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind während des Wiedereingliederungsverhältnisses weiterhin von den Hauptleistungspflichten befreit, weil die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers andauert. Der Arbeitnehmer erbringe nicht die geschuldete Arbeitsleistung, weshalb kein Anspruch auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung bestehe.

Der Kläger habe nach der Auffassung des BAG bei beiden Angeboten lediglich ein Wiedereingliederungsverhältnis angeboten, nicht aber seine tatsächliche Arbeitsleistung. Ein Wiedereingliederungsangebot stelle kein Arbeitsangebot dar, weshalb dem Kläger kein Annahmeverzugslohn zustehe.

Auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen treuwidriger Vereitelung einer Wiedereingliederung stehe dem Kläger nicht

zu. Das beklagte Land treffe keine Pflicht zur Eingehung eines Wiedereingliederungsverhältnisses. Etwas anderes gilt nur, wenn es sich um einen Schwerbehinderten oder einem diesem gleichgestellten Arbeitnehmer handelt. Da dies auf den Kläger nicht zutrifft, liegt eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht vor, sodass das beklagte Land keine Pflichtverletzung begangen hat.

**Praxishinweis:**

Zeiten einer stufenweisen Wiedereingliederung sind ohne besondere Vereinbarung der Parteien keine vergütungspflichtige Arbeitszeit und stellen kein Arbeitsangebot dar. Es muss allerdings in jedem Einzelfall genau geprüft und ausgelegt werden, ob es sich um ein Arbeitsangebot oder um ein Wiedereingliederungsverlangen handelt, da sich sonst erhebliche Annahmeverzugslohnansprüche ansammeln können.

Im Normalfall ist der Arbeitnehmer aber natürlich gut damit beraten, sich einem Wiedereingliederungsverlangen – vor allem im Rahmen eines BEM – nicht zu verschließen, weil es die Erprobung und sukzessive Steigerung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers ermöglicht, ohne hohe Kosten zu begründen.

## Vertragsgestaltung Flexibilisierung von Gratifikationen

BAG vom 23.08.2017 – 10 AZR 97/17

Vorliegend stritten Arbeitgeber und Arbeitnehmerin über die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation. Im Arbeitsvertrag war geregelt, dass zusätzlich zum Grundgehalt als freiwillige Leistung eine Weihnachtsgratifikation gezahlt werde, „deren Höhe jeweils jährlich durch die Arbeitgeberin bekanntgegeben wird und deren Höhe derzeit ein volles Monatsgehalt nicht übersteigt“. Der Vertrag sah außerdem eine Vorschusszahlung im Juni vor.

Bis einschließlich 2013 leistete die Beklagte jedes Jahr eine Sonderzahlung in Höhe eines Bruttogehaltes. Im Mai 2014 zahlte sie ein halbes Gehalt als Vorschuss. Die zweite Hälfte der Weihnachtsgratifikation im November blieb aus, da die Arbeitgeberin sich in einer schlechten wirtschaftlichen Lage befand.

Das BAG kam, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, zu dem Ergebnis, dass die Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf die eingeklagte restliche Weihnachtsgratifikation in Höhe eines weiteren halben Monatsgehaltes habe.

Zwar blieb das BAG seiner ständigen Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten in Arbeitsverträgen treu. Wenn zugleich im Vertrag eine bestimmte Leistung geregelt wird, kann diese nicht aufgrund einer Bezeichnung als freiwillige Leistung einseitig wieder entzogen werden.

Gescheitert ist der Anspruch jedoch am Leistungsbestimmungsrecht der Arbeitgeberin. Da die Höhe der Gratifikation im Arbeitsvertrag nicht festgelegt wurde, sondern vielmehr vereinbart war, dass sie jährlich durch die Arbeitgeberin bekannt gegeben wird, kann die Arbeitgeberin die Höhe der Gratifikation einseitig nach billigem Ermessen festsetzen. Dies sei grundsätzlich zulässig. Ob die von der Arbeitgeberin vorgenommene Leistungsbestimmung tatsächlich billigem Ermessen entspricht, unterliegt dabei der vollen gerichtlichen Kontrolle.

Überraschend ist das Urteil, weil nach Auffassung des BAG auch die vertragliche Regelung, dass „derzeit“ ein volles Gehalt gezahlt werde, dem Leistungsbestimmungsrecht nicht

entgegensteht. Wenn die Höhe der Leistung im Vertrag genannt war, ging man bisher davon aus, dass der Arbeitgeber gebunden ist. Durch die Einschränkung „derzeit“ habe er aber hinreichend deutlich gemacht, dass die Zahlung auch darüber oder darunter liegen könne.

Die Zahlungen der Vergangenheit begründen laut BAG ebenfalls keinen Anspruch auf Zahlungen in gleicher Höhe für die Zukunft. Eine betriebliche Übung könne nicht entstanden sein, weil der Arbeitsvertrag Grundlage für die Zahlung war. Auch die gleichbleibende Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts über einen längeren Zeitraum führe nicht zu einer Konkretisierung mit der Folge, dass jede andere Ausübung des Ermessens nicht mehr der Billigkeit entspreche.

Gegen die Billigkeit der vom Arbeitgeber getroffenen Entscheidung, die Weihnachtsgratifikation auf ein halbes Monats-

gehalt zu beschränken, hatte das BAG keine Bedenken. Er hatte im Einzelnen und überzeugend dargelegt, welche wirtschaftlichen Umstände ihn zu der Entscheidung veranlasst haben.

#### **Praxishinweis:**

Wichtig für die Praxis ist, dass nicht jede Angabe eines Betrages in einer Gratifikationsregelung zu einer dauerhaften Verpflichtung führt. Die Formulierung muss aber sorgsam gewählt werden und muss zweifelsfrei deutlich machen, dass es sich nur ein Beispiel handelt und die Bemessung nach billigem Ermessen erfolgt.

Zu beachten ist dabei zudem, dass die Ermessensentscheidung der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Eine Reduzierung auf null oder Minimalbeträge wird somit nur bei ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten möglich sein.

## **Betriebsverfassungsrecht**

### **Keine Erstattung von Anwaltskosten für offensichtlich aussichtslose Rechtsmittel**

BAG vom 22.11.2017 – 7 ABR 34/16

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entstehenden Kosten, also auch das Honorar des Betriebsratsanwaltes. Das BAG hatte kürzlich darüber zu entscheiden, wie weit diese Kostentragungspflicht reicht.

Im ursprünglichen Rechtsstreit ging es um die Anfechtung einer Betriebsratswahl, die sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz erfolgreich war. Der Betriebsrat hatte schon während der zweiten Instanz Neuwahlen eingeleitet, die im März 2014 stattfinden sollten. Dennoch legte er gegen die Entscheidung des LAG im Februar 2014 eine Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht ein. Diese begründete der Betriebsrat allerdings nicht, so dass das BAG sie als unzulässig verwarf.

Anschließend machte der Betriebsratsanwalt die Kosten seiner Tätigkeit bei der Arbeitgeberin geltend. Diese zahlte nur für die erste und zweite Instanz, aber nicht für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde, weil diese aufgrund der anstehenden Neuwahl und der fehlenden Erfolgsaussichten nicht mehr notwendig gewesen sei. Im vorliegenden Verfahren ging es nun um den Anspruch auf Erstattung dieser Kosten.

Der Betriebsratsanwalt berief sich zur Begründung seiner Ansprüche nicht etwa darauf, dass die Nichtzulassungsbeschwerde juristisch Aussicht auf Erfolg gehabt habe. Viel-

mehr hätte er sie nur eingelegt, um die Rechtskraft der Entscheidung des LAG zu hemmen, so dass der alte Betriebsrat bis zum Abschluss der Neuwahl im Amt bleiben könne und eine betriebsratslose Zeit vermieden wurde. Auch dieses Motiv sei angemessen und rechtfertige die Kostenerstattung.

Mit dieser Argumentation konnte er aber beim BAG nicht durchdringen.

Dem Betriebsrat steht bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ein Beurteilungsspielraum zu. Er darf jedoch das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht nicht missachten. Er hat wie jeder, der auf Kosten eines anderen handeln kann, die Maßstäbe einzuhalten, die er gegebenenfalls bei eigener Kostentragung anwenden würde, wenn er selbst bzw. seine beschließenden Mitglieder die Kosten tragen würden.

Sowohl das LAG als auch das BAG lehnten die Kostenerstattung aufgrund der mangelnden Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde ab. Die taktischen Motive, die Grund für die Beschwerde waren, seien nicht maßgeblich.

Das Betriebsverfassungsgesetz sieht vor, dass die Befugnisse eines Betriebsrats, dessen Wahl rechtskräftig angefochten wurde, entfallen. Eine Weiterführung der Geschäfte bis zur Neuwahl eines Betriebsrates kommt in einem solchen Fall

gerade nicht in Betracht. Ein ungültig gewählter Betriebsrat soll auch nicht vorübergehend amtieren dürfen. Diese gesetzliche Wertung soll nicht durch taktisch motivierte Rechtsmittel des Betriebsrates ausgehebelt werden können. Wenn der Betriebsrat dies doch tut, dürfen dem Arbeitgeber die Kosten hierfür nicht auferlegt werden, da der Betriebsrat mit einem solchen aussichtslosen Rechtsmittel nicht das berechnete Kosteninteresse des Arbeitgebers gewahrt hat.

**Praxishinweis:**

Dieses Urteil des BAG verdeutlicht, dass die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für Kosten des Betriebsrates weit, jedoch nicht unbegrenzt ist. Das Honorar eines Rechtsanwaltes, der ein von Anfang an aussichtsloses Rechtsmittel einlegt, ist vom Arbeitgeber auch dann nicht zu erstatten, wenn hinter der Einlegung des Rechtsmittels taktische Erwägungen stehen.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

## AULINGER IM ARBEITSRECHT

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



**DR. ACHIM TEMPELMANN**

achim.tempelmann@aulinger.eu



**INKEN HANSEN**

inken.hansen@aulinger.eu



**DR. BASTIAN-PETER STENSLIK**

bastian-peter.stenslik@aulinger.eu



**DR. RALF HEINE, M.M.**

ralf.heine@aulinger.eu



**LUDGER TUCHLINSKI**

ludger.tuchlinski@aulinger.eu



**KATRIN BUCHHOLZ**

katrin.buchholz@aulinger.eu



**NADINE SCHMÖKEL**

nadine.schmoekel@aulinger.eu

## AULINGER Rechtsanwälte | Notare

### BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4  
44787 Bochum  
Telefon 0234 68779-0  
Telefax 0234 68779-993

### BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348  
45133 Essen  
Telefon 0201 95986-0  
Telefax 0201 95986-99

[www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu)