

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 3 / 2014

Liebe Leserinnen und Leser,

gehen Sie gerne wandern? Verwenden Sie dabei auch Wanderkarten? Dann teilen Sie vielleicht meinen Kummer: Auch die besten Wanderführer schaffen es leider nicht, einen Wanderweg so zu beschreiben, dass sich ein durchschnittlich intelligenter Mensch dabei nicht verläuft. Es ist eben gar nicht so einfach, eine sichere Wegbeschreibung für andere zu formulieren.

Als Arbeitsrechtler kommt mir das bekannt vor. In der betrieblichen Personalarbeit gibt es nichts schwierigeres, als eine Abmahnung so zu formulieren, dass sie vor dem Arbeitsgericht standhält. Das Fehlverhalten des Arbeitnehmers muss glasklar beschrieben sein. Die geringste Unklarheit oder Ungenauigkeit führt bereits zur Unwirksamkeit der gesamten Abmahnung. Das gleiche gilt übrigens für



die Betriebsratsanhörung vor Ausspruch einer Kündigung.

Genauigkeit und Sorgfalt – darauf kommt es bei Abmahnung und Betriebsratsanhörung ebenso an wie beim Wanderführer.

Ihr Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fehlerhafte Beschlüsse des Betriebsrats

Für die **Beschlussfassung des Betriebsrats** gelten wichtige Verfahrensregeln. § 29 BetrVG enthält zum Beispiel klare Vorgaben für:

- die **Ladung** der Betriebsratsmitglieder,
- die festzusetzende **Tagesordnung** und

- den weiteren **Ablauf der Sitzungen**.

Ein **Verstoß** gegen diese Verfahrensvorschriften führt grundsätzlich zur **Unwirksamkeit** eines gleichwohl gefassten Betriebsratsbeschlusses. Insbesondere für Arbeitgeber stellt dies eine gefährliche Falle dar.

Ausnahme: Nicht jeder Verfahrensfehler führt allerdings automatisch zur Unwirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses. In manchen Fällen kann der Verfahrensfehler **nachträglich geheilt** werden. Innerhalb des Bundesarbeitsgerichts gab es bislang allerdings erheblichen Streit darüber, unter welchen **Voraussetzungen** eine derartige Heilung von Verfahrensmängeln möglich ist. Das galt insbesondere für den Fall, dass ein Beschluss des Betriebsrats zu einem Aspekt ergeht, der nicht in der **Tagesordnung** aufgeführt ist.

Impressum:

Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,
homepage: bitzer-anwalt.de

Siebter Senat des BAG: Bisher forderte der **siebte Senat** des BAG für eine Heilung des Verfahrensfehlers, dass alle Betriebsratsmitglieder bei der Beschlussfassung anwesend sind und den Beschluss dann einstimmig fassen. Nur in diesem Fall sollte der Mangel der lückenhaften Tagesordnung geheilt werden.

Erster Senat des BAG: Dagegen hat sich neuerdings der **erste Senat** des BAG gewandt und die Absicht geäußert, eine Heilung des Verfahrensmangels schon dann zuzulassen, wenn der Betriebsrat beschlussfähig ist und (zumindest) die **anwesenden** Betriebsratsmitglieder den Beschluss einstimmig gefasst haben. Nicht erforderlich sei dagegen die Teilnahme aller Betriebsratsmitglieder.

Künftige Rechtslage: Der **siebte Senat** des BAG hat nunmehr eingelenkt und seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben (Beschluss vom 22.01.2014, Aktenzeichen: 7 AS 6/13). Für die **Heilung** eines **fehlerhaften Betriebsratsbeschlusses** wegen unvollständiger Tagesordnung reicht es daher künftig aus, dass

- **alle Betriebsratsmitglieder** rechtzeitig zur Sitzung **geladen** worden sind und
- der Betriebsrat **beschlussfähig** ist und
- die in der Sitzung **erschienenen** Mitglieder die Ergänzung oder

Erstellung der Tagesordnung **einstimmig** beschließen.

Das sagt der Anwalt: Die Beschlussfassung des Betriebsrats ist eine von vielen Arbeitgebern unterschätzte Risikoquelle. Wann immer sich der Arbeitgeber zu seinen Gunsten auf eine Betriebsvereinbarung beruft, muss die Betriebsvereinbarung auf einem wirksamen Betriebsratsbeschluss beruhen. Im Zweifel sollte sich der Arbeitgeber daher schon vor Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung den Beschluss des Betriebsrats vorlegen lassen. In der betrieblichen Praxis sieht das allerdings häufig ganz anders aus. Das kann den Arbeitgeber teuer zu stehen kommen.

Krankenschwester darf Nachtdienst verweigern

Muss eine Krankenschwester auch Nachtdienst leisten? Oder kann sie darauf bestehen, lediglich im Tagdienst eingesetzt zu werden? Und wie verhält es sich, wenn sie aus medizinischen Gründen keine Nachtarbeit mehr verrichten kann?

Das **Bundesarbeitsgericht** hat eine Änderung der bisherigen Rechtslage herbeigeführt – jedenfalls in einem Teilbereich (Urteil vom 09.04.2014, Aktenzeichen: 10 AZR 637/13). Hierzu einige Fragen und Antworten:

- **Muss eine Krankenschwester auch Nachtdienst leisten?**

Grundsätzlich ja! Der Arbeitgeber legt kraft seines gesetzlichen Direk-

tionsrechts auch die Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer fest (§ 106 Gewerbeordnung). Seine Entscheidung hat er nach **billigem Ermessen** zu treffen, er muss also auch die Interessen seiner Arbeitnehmer berücksichtigen. Aber grundsätzlich darf er eben die Arbeitszeit festlegen, so dass die Krankenschwester auch in der Nacht arbeiten muss.

- **Kann die Krankenschwester darauf bestehen, lediglich im Tagesdienst eingesetzt werden?**

Grundsätzlich nein! Selbst wenn im Arbeitsvertrag der Nachtdienst nicht konkret geregelt ist, kann der Arbeitgeber kraft seines gesetzlichen Weisungsrechts auch die Ableistung von Nachtdienst anordnen.

- **Wie verhält es sich, wenn die Krankenschwester aus medizinischen Gründen keine Nachtarbeit mehr verrichten kann?**

Auch in diesem Fall entscheidet grundsätzlich der Arbeitgeber aufgrund seines **Weisungsrechts**. Im Rahmen der **Interessenabwägung** muss er aber zu Gunsten der Krankenschwester die Besonderheit berücksichtigen, dass sie aus medizinischen Gründen keine Nachtarbeit mehr leisten kann.

Für seine Entscheidung kommt es nun darauf an, ob der Arbeitgeber erhebliche **betriebliche Gründe** dafür hat, die Krankenschwester auch künftig im Nachtdienst einsetzen zu wollen. Auch der (bevor-

rechtigte) Wunsch anderer Arbeitnehmer, Nachtdienst zu vermeiden, kann dabei eine wichtige Rolle spielen.

Liegen keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe vor, muss der Arbeitgeber sein Weisungsrecht in der Form ausüben, dass die Krankenschwester künftig ohne Nachtschichten beschäftigt wird.

➤ **Welche Folge tritt ein, wenn der Arbeitgeber die falsche Entscheidung trifft?**

Nach **bisheriger Rechtsprechung** war die Weisung des Arbeitgebers verbindlich, auch wenn sie fehlerhaft war. Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitstätigkeit entsprechend dieser Weisung aus gesundheitlichen Gründen nicht ausüben konnte, lag **Arbeitsunfähigkeit** vor. Die Folge war lediglich, dass der Arbeitgeber möglicherweise zum **Schadensersatz** verpflichtet war. So hatte das BAG jedenfalls in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden (BAG, Urteil vom 19.05.2010, Aktenzeichen: 5 AZR 162/09).

Das hat sich **geändert**. Aufgrund des neuen Urteils ist **schon die Weisung** des Arbeitgebers gar nicht wirksam. Wenn der Arbeitgeber aber nicht wirksam Nachtdienst anordnet, kann der Arbeitnehmer Beschäftigung ohne Nachtdienst verlangen. Es liegt dann von vornherein **kein Fall von Arbeitsunfähigkeit** vor.

Das sagt der Anwalt: Dem BAG fehlt der Mut, den Rückzieher von

seiner bisherigen Rechtsprechung offen einzuräumen. Er hat er seine Kehrtwende in dem Urteil sogar geleugnet. Der fehlende Mut des BAG führt nun zu Intransparenz und dadurch zu einem erhöhten Risiko für Arbeitgeber und deren Berater.

Künftig werden Arbeitgeber noch viel vorsichtiger prüfen müssen, wie sie mit krankheitsbedingten Leistungseinschränkungen ihrer Arbeitnehmer umgehen müssen. Interessant dürften dabei auch diese Aspekte sein:

- ❖ Wäre die Ablehnung durch den Arbeitgeber auch dann rechtswidrig, wenn der **Betriebsrat** dem Wunsch der Arbeitnehmerin **widerspricht**?
- ❖ Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn bereits zuvor **50 andere Krankenschwestern** erfolgreich verlangt hatten, nicht mehr im Nachtdienst eingesetzt zu werden? Dürfte der Arbeitgeber dann bei der **51. Krankenschwester** einen entsprechenden Wunsch ablehnen? Oder müsste dann nicht nachträglich eine „Sozialauswahl“ durchgeführt werden?

Kündigung wegen Manipulation von Akten

Wie schwer muss ein Verhaltensverstoß des Arbeitnehmers eigentlich sein, damit der Arbeitgeber kündigen kann? Ist immer auch eine Abmahnung erforderlich? Zu diesen brennenden Fragen hat das **Bundesarbeitsgericht** nun eine weitere wichtige Entscheidung getroffen (BAG, Urteil vom 23.01.2014, Aktenzeichen: 2 AZR 638/13).

Der Fall (abgekürzt): Die Arbeitnehmerin war Sachbearbeiterin bei einer Universität mit überwiegend kaufmännischen und Sekretariatsaufgaben. Die Universität erhielt im Laufe eines Jahres mehrfach Abfallgebührenbescheide und entsprechende Mahnungen. Diese wurden von der Sachbearbeiterin allerdings nicht bearbeitet. In einem Gespräch mit der Vorgesetzten gab sie **wahrheitswidrig** an, die Mülltonnen zuvor ordnungsgemäß abgemeldet und gegen die Gebührenbescheide Widerspruch eingelegt zu haben. Kopien der Schreiben befanden sich tatsächlich bei den Akten. Später räumte die Sachbearbeiterin allerdings ein, die Widersprüche gar nicht zu dem angegebenen Datum verfasst, sondern **nachträglich** gefertigt und zu den Unterlagen genommen zu haben. Daraufhin erfolgte die **Kündigung**.

Das Urteil: Die Kündigungsschutzklage der Sachbearbeiterin wurde in allen Instanzen und zuletzt vom Bundesarbeitsgericht abgewiesen.

➤ Die Manipulation von Akten durch den Arbeitnehmer kann die **ordentliche Kündigung** eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Das gilt auch bei einem langjährigen Arbeitsverhältnis.

➤ Manipuliert der Arbeitnehmer seine Akten zu dem Zweck, Pflichtverstöße zu verschleiern und eine korrekte Aufgabenerfüllung vorzutäuschen, ist auch eine vorherige **Abmahnung entbehrlich**.

Die Arbeitsgerichte verlangen in den meisten Fällen den Ausspruch einer Abmahnung, bevor die Kündigung folgen darf. Fehlt die Ab-

mahnung, geht der Arbeitgeber ein erhebliches Prozessrisiko ein. Das wirkt sich zudem in einer deutlich schlechteren Verhandlungsposition in dem üblichen Abfindungspoker aus.

Das sagt der Anwalt:

✓ Für den **Arbeitnehmer** ist eine fehlende Abmahnung der goldene Einstieg in den Kündigungsschutzprozess. Selbst bei schwerem Fehlverhalten lohnt sich für ihn daher in der Regel die Erhebung der **Kündigungsschutzklage**.

✓ Dennoch sollte der **Arbeitgeber** bei gravierenden Verstößen erwägen, auf eine vorherige

Abmahnung zu verzichten. Spricht er bei einem eklatanten Fehlverhalten nur eine Abmahnung aus, wird ihm dieses „Entgegenkommen“ bei einer späteren Kündigung, die wegen eines gleichermaßen schweren Fehlverhaltens erfolgt, zum Nachteil ausgelegt werden. Aus Sicht des Arbeitgebers heißt es daher bei Kündigungsentscheidungen: Mut zum Risiko! Unverzichtbar ist jedoch, das **Prozessrisiko** – vor Ausspruch der Kündigung - **genau zu kalkulieren**.