

Klausurenkurs zum Schwerpunktbereich
Arbeitsrecht
WS 2019/20

Klausur 2
- Lösung -

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht
Prof. Dr. Burkhard Boemke

Aufgabenteil A

A. Beantworten Sie nachstehende Fragen

Arbeitgeber Anton Geber kommt zu Ihnen und bittet um eine kurze Beantwortung seiner Fragen einschließlich einer knappen Begründung. Er möchte wissen,

I. ob seinem Betriebsrat in folgenden Fällen ein Mitbestimmungsrecht zusteht:

1. Einrichtung einer Videokamera auf Grund eines bestandskräftigen Verwaltungsakts.

Nein, Vgl. **BAG 11.12.2012 – 1 ABR 78/11** – kein Regelungsspielraum für AG!

Aufgabenteil A

2. Einrichtung einer Facebook-Seite, auf der auch Arbeitnehmer Beiträge einstellen.

Nein, weder Ordnungsverhalten betroffen noch Überwachung der Leistung der AN, Vgl. **ArbG Düsseldorf 21.06.2013 – 14 BVGa 16/13**

3. Einrichtung einer Telefonanlage, die zu abrechnungstechnischen Zwecken Gesprächsdaten erfasst, u. a. gewählte Rufnummer, Gesprächsdauer und Name des Arbeitnehmers, der das Telefongespräch geführt hat.

Ja, es reicht die objektive Überwachungseignung, entsprechende Absicht des AG wird nicht gefordert. Vgl. **BAG vom 27.05.1986 – 1 ABR 48/84**

Aufgabenteil A

4. Einführung und Verwendung von Formularen zur Erfassung von Kassendifferenzen.

Nein, Vgl. **LAG Berlin-Brandenburg vom 19.04.2011 – 7 TaBV 556/11** → Betrifft Arbeits-, nicht Ordnungsverhalten.

5. Einsatz selbstständiger Testkäufer als Ehrlichkeitskontrolle.

Weder § 87 I Nr. 1 bzw. Nr. 6 BetrVG gegeben noch Einstellung i. S. v. § 99 BetrVG, Vgl. **BAG vom 13.03.2001 – 1 ABR 34/00**

Aufgabenteil A

6. Verbot, das dienstliche Internet zu privaten Zwecken zu nutzen.

Kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 oder 10, Vgl. **LAG Hamm 07.04.2006 - 10 TaBV 1/06**

7. Einsatz eines biometrischen Zugangskontrollsystems zum Schutz vor unbefugtem Eindringen.

Sowohl § 87 I Nr. 1 als auch Nr. 6 BetrVG berührt, Vgl. **BAG 27.01.2004 - 1 ABR 7/03**

Aufgabenteil A

8. Einsatz eines Produktionszählers am Ende eines Fließbands.

§ 87 I Nr. 6 BetrVG nicht gegeben, soweit kein Rückschluss auf die Leistung einzelner AN oder einer überschaubaren AN-Gruppe möglich, Vgl. **BAG 18.02.1986 - 1 ABR 21/84**

Aufgabenteil A

II. ob schon ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dazu führt, dass hierdurch gewonnene Beweise, z. B. Videoaufzeichnungen, in einem Prozess nicht verwertbar sind.

Aus Mitbestimmungswidrigkeit folgt zwar materielle Unwirksamkeit (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).

Nach BAG führt dies jedoch nicht dazu, dass die mitbestimmungswidrig erlangten Tatsachen bzw. Beweismittel einem prozessualen Verwertungsverbot unterlägen. (**BAG, Urt. v. 27.03.2003 - 2 AZR 51/02; BAG, Urt. v. 31.12.2007 - 2 AZR 537/06**)

Aufgabenteil A

Ein Tatsachen- oder Beweisverwertungsverbot kommt danach nur in Betracht, wenn die Videoüberwachung auch individualrechtlich unzulässig war, was sich insbesondere aus einer Persönlichkeitsrechtsverletzung oder einem Verstoß gegen § 6b Abs. 2 BDSG ergeben kann.

→ Vgl. auch Boemke/Luke/Ulrici, Klausurenkurs im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht, Klausur Nr. 7, S. 241 ff.

Aufgabenteil B - Sachverhalt

Anton Geber hat ein Betrieb mit 250 Arbeitnehmern. Um die Möglichkeiten der Flexibilisierung des Arbeitsrechts zu nutzen, beschließt er, im Wege der natürlichen Fluktuation frei werdende Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. Leider stellt sich sein Betriebsrat quer und versucht diese Maßnahmen zu blockieren. Der Einstellung von Ludger Leicht als Ersatz für den zum 31.10.2013 aus Altersgründen ausgeschiedenen Anton Alt zum 01.12.2013 verweigert der Betriebsrat am 04.11.2013 per E-Mail seine Zustimmung und führt hierzu aus:

- Anton Geber habe diese Stelle innerbetrieblich nicht ausgeschrieben, obwohl der Betriebsrat im Jahr 2011 eine generelle innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen gefordert hatte;
- Ludger Leicht habe nur einen Stundenlohn von 8,70 €, obwohl vergleichbare Arbeitnehmer bei Anton Geber 11,75 € erhielten; dies verstoße gegen §§ 9, 10 AUG.

Anton Geber hält die Zustimmungsverweigerung für nicht begründet, zumindest aber für verfristet. Er habe bereits am 01.10.2013 den Betriebsrat über die Neubesetzung der Stelle nach § 99 I BetrVG informiert und die Zustimmung beantragt. Der Betriebsrat wendet ein, die Information vom 01.10.2013 habe noch keinen Namen enthalten; dieser sei erst am 27.10.2013 nachgereicht worden. Anton Geber möchte wissen, ob der Betriebsrat wirksam die Zustimmung verweigert hat und wie er dagegen mit welchen Erfolgsaussichten vorgehen kann.

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

B. Erstellen Sie ein Rechtsgutachten zu den aufgeworfenen Fragen

1. Wirksame Zustimmungsverweigerung

Voraussetzungen nach § 99 III 1 BetrVG:

- a) Form
- b) Frist
- c) Begründung

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

a) Form (+/-)

Gesetz verlangt „schriftliche“ Verweigerung

→ Wortlaut § 99 III 1 BetrVG

→ E-Mail an sich genügt nicht

anders aber: **BAG vom 10.03.2009 – 1 ABR 93/07**

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

b) Frist (+)

§ 99 III 1 BetrVG sieht Wochenfrist vor → beginnt ab vollständiger Unterrichtung (hierzu gehört grds. auch die Nennung des Namens des von der personellen Maßnahme betroffenen AN)

Dies gilt auch beim Einsatz von LAN. (**BAG vom 09.03.2011 – 7 ABR 137/09**)

→ Frist des § 99 III 1 BetrVG wurde gewahrt (+)

→ keine Zustimmungsfiktion nach § 99 III 2 BetrVG

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

c) Begründung (+)

aa) Vorliegen einer Begründung an sich

BR muss nach § 99 III BetrVG in der Verweigerung Gründe angeben.

→ BR hat hier mehrere Gründe angegeben (keine Ausschreibung + Verstoß gegen §§ 9, 10 AÜG)

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

bb) Eignung der Begründung i.S.d. § 99 III BetrVG

→ nach Rspr. & Lit. sind Begründungen unbeachtlich, die sich so weit von den gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgründen in § 99 II BetrVG entfernen, dass sie sich diesen schlechterdings nicht mehr zuordnen lassen
(BAG vom 16.07.1985, NZA 1986, 163, 164)

(1) in Bezug auf gerügte fehlende Ausschreibung →
keine Bedenken → (+)

(2) in Bezug auf gerügten Gesetzesverstoß → nach Teilen
der Lit. (-) → **(P)**

→ **(P)** hinreichende Begründung durch Rüge des
Verstoßes gegen §§ 9, 10 AÜG?

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

(a) Bezug der Rüge auf die Einstellung an sich

Mit der Rüge, dass die Vergütung des LAN gegen §§ 9, 10 AÜG verstoßen werde, wird sachlich auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG Bezug genommen.

Fraglich jedoch, ob sich die Zustimmungsverweigerung gerade auf die Einstellung an sich bezieht!

Einstellung i.S.d. § 99 I BetrVG ist in Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb durch Zuweisung eines Arbeitsbereichs zu sehen.

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

Zustimmungsverweigerungsgrund muss sich gerade auf die Eingliederung des Arbeitnehmers an sich beziehen!

Für § 99 II Nr. 1 BetrVG genügt dagegen nicht, wenn lediglich die Vertragsbedingungen als solche rechtswidrig sind, weil dies der Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht entgegensteht. (**BAG vom 16.07.1985, NZA 1986, 163, 164**)

→ Fraglich, ob damit bereits auch Begründung an sich ungeeignet

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

(b) Unwirksamkeit der Begründung?

Nach Teilen der Lit. (z.B. v. Hoyningen-Huene, BetrVR, § 14 Rn. 49) genügt eine Begründung den Anforderungen des § 99 III 2 BetrVG bereits dann nicht, wenn diese lediglich gegen die Gesetzmäßigkeit der Arbeitsbedingungen gerichtet ist.

aber:

in § 99 III BetrVG wird keine schlüssige Begründung verlangt
→ Nähe zum Zustimmungsverweigerungstatbestand genügt

→ hier entspricht Begründung äußerlich dem Verweigerungsgrund Nr. 1

→ hinreichende Nähe zu einem gesetzlichen Verweigerungsgrund (+)

→ beachtliche Begründung (+)

Aufgabenteil B - Zustimmungsverweigerung

d) Ergebnis

wirksame Zustimmungsverweigerung (+)

Anders, wenn Einhaltung der Form abgelehnt!

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

2. Zustimmungsersetzung gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG

Der Zustimmungsersetzungsantrag ist begründet, wenn keine berücksichtigungsfähigen Zustimmungsverweigerungsgründe i.S.d. § 99 II BetrVG gegen die Einstellung vorliegen.

→ hier zwei Gründe möglich:

- a) Gesetzesverstoß
- b) fehlende Ausschreibung

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

a) Gesetzesverstoß (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG) (-)

Erforderlich ist, dass gerade die Einstellung (= Eingliederung in den Arbeitsbereich) gesetzeswidrig ist.

Bloße Verstöße der arbeitsvertraglichen Vereinbarung rechtfertigen die Zustimmungsverweigerung nicht:

- BR hat hier nicht gegen die Beschäftigung bzw. Einstellung, sondern nur gegen die Lohnhöhe Bedenken
- Zustimmungsverweigerungsgrund aus § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht gegeben

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

b) Unterbliebene Stellenausschreibung (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG)

aa) Tauglicher Zustimmungsverweigerungsgrund

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kann BR die Zustimmung verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche innerbetriebliche Stellenausschreibung unterblieben ist.

Hier hatte der Betriebsrat generell vom Arbeitgeber die Ausschreibung von Arbeitsplätzen gefordert.

Somit bestand nach § 93 BetrVG grundsätzlich eine Pflicht zur Stellenausschreibung.

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

bb) Ausschreibungspflicht für LAN-Arbeitsplätze

Ausschreibungspflicht nach § 93 BetrVG besteht auch für Arbeitsplätze, die der Arbeitgeber dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzen will.

Dies folgt aus einem am Wortlaut, der Gesetzes-systematik und dem Normzweck orientierten Verständnis der Vorschrift.

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

(1) Wortlaut

Danach kann der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt.

Das Gesetz stellt damit auf die Stelle ab, auf der ein Arbeitnehmer tätig werden soll.

Hierfür kommt es auf die Art und den Inhalt des Rechtsverhältnisses *nicht* an.

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

(2) Systematik

§ 93 BetrVG und § 99 BetrVG knüpfen hinsichtlich der Handlungsmöglichkeiten des BR jeweils an die Besetzung eines „Arbeitsplatzes“ und damit an einen identischen Einstellungsbegriff an

nach § 99 Abs. 1 Satz 1, 2 BetrVG hat der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung einzuholen und dabei u.a. über den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz zu unterrichten

der Betriebsrat kann die Zustimmung § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG zu der Einstellung verweigern, wenn die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung des Arbeitsplatzes im Betrieb unterblieben ist

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

für Einstellungen iSv. § 99 BetrVG kommt es jedoch auf das Rechtsverhältnis, in dem AN zum Betriebsinhaber stehen, nicht an

zu den nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zustimmungspflichtigen Einstellungen gehört daher auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb

Würde bei § 93 BetrVG ein anderes Verständnis angelegt, würde der systematische Zusammenhang zu § 99 BetrVG aufgebrochen.

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

(3) Normzweck

§ 93 BetrVG soll es ermöglichen, durch die Bekanntmachung der freien Beschäftigungsmöglichkeit den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren

- Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollen die Gelegenheit erhalten, sich auf die zu besetzenden Arbeitsplätze zu bewerben.
- Einer Verärgerung der Belegschaft über die Herannahende Außenstehender trotz im Betrieb vorhandener Beschäftigungsmöglichkeiten soll entgegen gewirkt werden.

Aufgabenteil B - Zustimmungsersetzung

c) Ergebnis

Zustimmungsverweigerung wurde vom BR nach § 99 II Nr. 5 BetrVG form- und fristgerecht geltend gemacht.

**→ Zustimmungsersetzungsantrag ist zulässig,
aber nicht begründet**

Leitentscheidungen

BAG vom 11.06.2002 – 1 ABR 43/01 -
Zustimmungsverweigerung durch Telefax

BAG vom 09.03.2011 – 7 ABR 137/09 -
Mitbestimmung bei Einstellung eines
Leiharbeitnehmers - Pflicht des Arbeitgebers zur
Namensmitteilung

**LAG Niedersachsen vom 03.03.2009 - 1 TaBV
21/08 -**
Einstellung von Leiharbeitnehmern -
Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats -
betriebsinterne Ausschreibung

BAG vom 01.02.2011 – 1 ABR 79/09 -
Innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen -
Einsatz von Leiharbeitnehmern