

13. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 14. Oktober 2011

Erfreulicherweise konnte - wenn auch mit einigen Terminkollisionen - die 13. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe wiederum in den Räumen der Industrie- und Handelskammer zu Bielefeld am 14. Oktober 2011 stattfinden.

Trotz der Terminkollisionen und des erst späten Tagungszeitpunktes sind ca. 130 Teilnehmer der Einladung nach Bielefeld gefolgt. Sicherlich waren auch die Themen vor dem Hintergrund der noch anhaltenden Wirtschaftskrise nicht uninteressant. Die Themen der 4-stündigen Tagung lauteten „**Nach der Krise ist vor der Krise**“ sowie „**Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als Arbeitgeberkorsett für die Einstellung von Leiharbeitnehmern**“. Der Referent des ersten Themas war *Dr. Guido Jansen*, Vorsitzender Richter am LAG, Landesarbeitsgericht Hamm und der Referent des zweiten Themas war *Dr. Heinz Gussen*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld, Rheda-Wiedenbrück.

1. Thema: Nach der Krise ist vor der Krise

Mögen auch die Auswirkungen der Krise in der Finanzwirtschaft aus den Jahren 2008/2009 mittlerweile überwunden sein – schon drohen neue Unwetter am Konjunkturhimmel (Stichwort: Griechenland-Pleite). Die weiteren Aussichten sind nicht unbedingt: heiter bis wolkig, sondern eher: trüb. Das Thema „Krisenbewältigung“ bleibt in einem marktwirtschaftlich verfassten System stets aktuell. In arbeitsrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, mit welchen Maßnahmen die Arbeitgeber auf einen spürbar verringerten Arbeitsanfall als Folge nachlassender Konjunktur reagieren können. Betriebsbedingte Kündigungen sind, wie die Erfahrungen aus der letzten Rezession zeigen, nicht das einzige Mittel. Der Verweis auf andere Möglichkeiten ist häufiger zu hören: „Kluge Unternehmer behalten ihre Mitarbeiter“ (*Prof. Gerhard Bosch*, Direktor des Instituts Arbeit und Qualifikation an der Universität Duisburg-Essen). Denn eingearbeitete Mitarbeiter könnten fehlen, wenn die Konjunktur wieder anzieht.

Hier sollen einige arbeitsrechtliche Instrumentarien außerhalb betriebsbedingter Kündigungen aufgezeigt und erörtert werden, nämlich:

- Veränderung der Arbeitszeit: Flexible Arbeitszeitmodelle und Kurzarbeit (I)
- Betriebsurlaub (II)
- Abbau von Leiharbeit (III)
- Verhältnis dieser Instrumente zur betriebsbedingten Beendigungskündigung (IV)
- Kürzung des Arbeitsentgelts (V).

I. Veränderung der Arbeitszeit

Im Hinblick auf die Arbeitszeit der Arbeitnehmer lassen sich im Wesentlichen zwei Ansätze als Reaktion auf einen Beschäftigungswegfall wählen: einerseits eine Verringerung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit, andererseits der Abbau von Arbeitszeitkonten.

1. Inanspruchnahme flexibler Arbeitszeitmodelle

Arbeitszeitkonten trifft man in unterschiedlicher Ausprägung an. Stets müssen entsprechende arbeitsvertragliche oder kollektive **Vereinbarungen** bestehen. Die einseitige Anordnung eines Arbeitszeitkontos durch den Arbeitgeber wäre unzulässig.¹ Allein die Leistung von Überstunden, die nicht laufend vergütet werden, begründet noch nicht die Annahme, die Parteien hätten sich über die Führung eines Arbeitszeitkontos geeinigt.²

¹ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 16.10.2007 – 5 Sa 66/07.

² LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 20.07.2011 - 7 Sa 622/10

Auf **Wertkonten** werden umfangreiche Freistellungsansprüche angespart, aus denen sich etwa die Möglichkeit ergeben kann, sich für einen längeren Zeitraum aus dem Arbeitsleben zurückzuziehen (Langzeitkonten) oder bezahlte Freistellungen unmittelbar vor dem Eintritt in den Ruhestand zu nehmen (Lebensarbeitszeitkonten). Diese Form des Arbeitszeitkontos wird sich in der Regel nicht für eine Reaktion auf zurückgehenden Auftragseingang eignen, da die zugrunde liegenden Regelungen im Hinblick auf eine langfristige Perspektive getroffen wurden.

Andere Arbeitszeitkonten sind **Gleitzeitkonten** zur kurzfristigen individuellen Gestaltung der Arbeitszeit. Gleitzeitkonten lassen dabei die Arbeitnehmer innerhalb eines vorgegebenen Rahmens selbst über Lage und Dauer ihrer Tages- und Wochenarbeitszeit entscheiden. Dadurch wird zwar eine Flexibilisierung der Arbeitszeit erreicht, auf lange Sicht wird damit aber keine Verkürzung der Arbeitszeit bewirkt. Sie erhöhen jedoch immerhin die Eigenverantwortlichkeit in der Arbeitszeitgestaltung.

Flexi-Konten bezwecken den Ausgleich von mittel- bis langfristigen Absatz- und Produktionsschwankungen. Diese Konten können bei einem Mehrbedarf an Arbeitsleistung gefüllt und bei einem Minderbedarf zur Freistellung genutzt werden. Die Modalitäten richten sich nach der jeweiligen Grundlage des Arbeitszeitmodells. Oft sind tarifvertragliche Rahmenbedingungen vorgegeben, die zu beachten sind. Der Abbau von angesammelten Zeitguthaben führt allerdings nicht zu einer Minderung des Arbeitsentgelts; er dient primär der Vermeidung oder Verzögerung von Entlassungen.

Ob es über den Abbau von Zeitguthaben hinaus sinnvoll ist, **negative Zeitsalden** aufzubauen, erscheint fraglich.

Negative Zeitsalden können für den Arbeitgeber verloren sein, wenn bei Ausscheiden des Arbeitnehmers kein Ausgleich erfolgt. So etwa, wenn eine Rückforderung im Hinblick auf die Finanzlage des Arbeitnehmers und das **Aufrechnungsverbot gemäß § 394 BGB** praktischen Schwierigkeiten begegnet. Eine Aufrechnung von Ansprüchen des Arbeitgebers auf Ausgleich des Negativsaldos mit Entgeltansprüchen des Arbeitnehmers kommt nur hinsichtlich des pfändbaren Entgeltbetrages in Betracht. Soweit also der Arbeitslohn nicht gepfändet werden darf, ist auch der Arbeitgeber nicht befugt, irgendwelche Abzüge vorzunehmen. Die Höhe des Betrages, der vom Arbeitslohn pfändungsfrei ist, hängt ab von der Höhe des Nettoentgelts und dem Umfang der Unterhaltspflichten. Eine Lohnpfändung ist erst dann zulässig, wenn das Entgelt eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers monatlich 990 Euro netto oder mehr beträgt. Diese gesetzliche Vorgabe kann durch vertragliche Vereinbarungen nicht umgangen werden.³

Die Regelung zum Ausgleich des Negativsaldos muss zudem wirksam sein. Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat entschieden, dass ein negatives Arbeitszeitguthaben auf einem Arbeitszeitkonto vom Arbeitnehmer bei Ausscheiden trotz entsprechender arbeitsvertraglicher Vereinbarung nicht auszugleichen ist, wenn das negative Guthaben auf Grund von Arbeitsmangel entstanden ist.⁴ Durch die Vertragsklausel zur Verrechnung der Minusstunden werde von der gesetzlichen Regelung des § 615 BGB zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen, ohne dass hierfür irgendeine Gegenleistung des Arbeitgebers vorgesehen sei. Deshalb sei die Vereinbarung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Danach **darf der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt nur dann um Minusstunden kürzen, wenn der Arbeitnehmer allein darüber entscheiden kann, in welchem Umfang das negative Guthaben entsteht**⁵, wenn also die Minusstunden allein auf einen entsprechenden Freizeitwunsch des Arbeitnehmers zurückzuführen sind. Das BAG hat dies in einer aktuellen Entscheidung bestätigt: Die Belastung eines Arbeitszeitkontos mit Minusstunden setzt voraus, dass der Arbeitgeber diese Stunden im Rahmen einer verstetigten Vergütung entlohnt hat und der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist, weil er die in Minusstunden ausgedrückte Arbeitszeit vorschussweise vergütet erhalten hat. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arbeitnehmer allein darüber entscheiden kann, ob eine Zeitschuld entsteht und er damit einen Vorschuss erhält. Andererseits kommt es zu keinem Vergütungsvorschuss, wenn der Arbeitnehmer aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands Vergütung ohne Arbeitsleistung beanspruchen kann (z. B. § 616 Satz 1 BGB – Verhinderung aus persönlichen Gründen, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EntgeltFG – Feiertage und Krankheit, § 37 Abs. 2 BetrVG - Betriebsratstätigkeit) oder sich der Arbeitgeber, der das Risiko der Einsatzmöglichkeit bzw. des Arbeitsausfalls trägt, nach § 615 Satz 1 und 3 BGB im Annahmeverzug befunden hat.⁶

³ BAG, Urteil v. 17.02.2009 - 9 AZR 676/07.

⁴ LAG Mecklenburg-Vorpommern Urteil v. 26.03.2008 - 2 Sa 314/07.

⁵ So bereits BAG, Urteil v. 13.12.2000 - 5 AZR 334/99.

⁶ BAG, Urteil v. 26.01.2011 - 5 AZR 819/09

2. Einführung von Kurzarbeit

Kurzarbeit ist eine **vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit aufgrund Arbeitsausfalls**. Sie kann in einer nur anteiligen Reduzierung der Arbeitszeit bestehen oder zu einer vorübergehenden vollständigen Einstellung der Arbeit (sog. Kurzarbeit Null) führen und ist wegen der vertraglichen Verknüpfung von Arbeit und Entgelt regelmäßig mit einer Reduzierung der Arbeitsvergütung verbunden. Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit hatten zu Beginn dieses Jahres bereits 16.900 Betriebe und 700.000 Arbeitnehmer Kurzarbeit aus konjunkturellen Gründen beantragt.

a) Rechtsgrundlage

Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Arbeitgeber Kurzarbeit nur **aufgrund einer Gesetzesvorschrift sowie aufgrund kollektiver oder einzelvertraglicher Vereinbarungen** anordnen, nicht aber einseitig kraft seines Direktionsrechts⁷. Ohne eine besondere Rechtsgrundlage bedarf es zur Arbeitszeitverkürzung einer (betriebsbedingten) Änderungskündigung, denn sie betrifft den originären Beschäftigungsanspruch der Arbeitnehmer als einen der wesentlichen Inhalte des Arbeitsvertrages.

aa) Tarifvertrag

In einem Tarifvertrag kann grundsätzlich im Rahmen der Tarifautonomie geregelt werden, wann und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber Kurzarbeit für seinen Betrieb anordnen kann. Lediglich solche tarifvertraglichen Bestimmungen, die dem Arbeitgeber einseitig die Einführung von Kurzarbeit erlauben, ohne zugleich **Regelungen über die Voraussetzungen, den Umfang und die Höchstdauer der Kurzarbeit** zu treffen, sind als Verstoß gegen kündigungsschutzrechtliche Gesetzesbestimmungen unwirksam.⁸

Die Gestaltung und der Inhalt tarifvertraglicher Regelungen in der Praxis sind vielfältig. Zum einen finden sich Tarifverträge, in denen Arbeitgeber und Betriebsrat zur gemeinsamen Einführung von Kurzarbeit ermächtigt werden und die Tarifvertragsparteien das Verfahren, das bei der Einführung von Kurzarbeit einzuhalten ist, im Einzelnen vorgeben. Zum anderen gibt es auch Tarifregelungen, wonach Kurzarbeit nur in Zusammenarbeit mit den Tarifpartnern angeordnet werden kann. Häufig sehen Tarifvereinbarungen zur Kurzarbeit auch vor, dass die Kurzarbeit mit einer bestimmten Frist anzukündigen ist. Die **Missachtung** einer solchen tarifvertraglichen Regelung hätte zur Folge, dass die **Einführung der Kurzarbeit rechtswidrig** ist, der Arbeitgeber also mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät (§ 615 BGB) und somit unverändert zur vollen Vergütungszahlung verpflichtet bleibt.

bb) Betriebsvereinbarung

Soweit eine tarifvertragliche Regelung fehlt oder der Tarifvertrag keine Anwendung zwischen den Arbeitsvertragsparteien findet, kann auch eine Betriebsvereinbarung die Rechtsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit sein. Eine formlose Regelungsabrede hingegen ist nicht ausreichend, daher ebenso wenig die Unterschrift des Betriebsrats auf der Anzeige über den Arbeitsausfall. Umstritten ist jedoch, welche inhaltlichen Anforderungen an eine solche Betriebsvereinbarung zu stellen sind. Einerseits soll die bloß abstrakte Regelung der Einführung von Kurzarbeit aus einem bestimmten Anlass ohne nähere Vorgaben zur Durchführung genügen.⁹ Andererseits soll es zur **Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes** erforderlich sein, Beginn und Dauer der Kurzarbeit, Lage und Verteilung der verbleibenden Arbeitszeit sowie der Zeiten des Arbeitsausfalls und auch die Festlegung des von Kurzarbeit betroffenen Personenkreises ebenfalls konkret zu regeln.¹⁰ Im Zweifel dürfte sich eine derartig konkrete Regelung empfehlen.

⁷ BAG, Urteil v. 12.10.1994 - 7 AZR 398/93.

⁸ BAG, Urteil v. 27.01.1994 - 6 AZR 541/93.

⁹ Vgl. LAG Brandenburg, Urteil v. 10.08.1994 – 5 Sa 286/94; LAG Thüringen, Urteil v. 07.10.1999 – 2 Sa 404/98.

¹⁰ Vgl. LAG Hessen, Urteil v. 14.03.1997 – 17/13 Sa 162/96; LAG Sachsen, Urteil v. 31.07.2002 – 2 Sa 910/01; LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 25.11.2005 – 20 Sa 112/04; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 30.03.2006 – 11 Sa 609/05; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 20.07.2006 – 1 Sa 34/06; ähnlich LAG Berlin, Urteil v. 29.10.1998 – 10 Sa 95/98: In der Betriebsvereinbarung müssen tatbestandliche Vorgaben enthalten sein, innerhalb derer dem Arbeitgeber ein Entscheidungsspielraum für die Einzelfallregelung eingeräumt werden kann.

cc) Arbeitsvertrag

Existiert weder eine tarifvertragliche Regelung noch eine Betriebsvereinbarung, ist zur Einführung von Kurzarbeit eine individuelle Absprache zwischen den Arbeitsvertragsparteien notwendig. Es dürfte jedoch in der betrieblichen Praxis nur schwer möglich sein, auf breiter Fläche die Grundlagen für die Einführung von Kurzarbeit zu schaffen. Dies erfordert schließlich eine entsprechende Einigung mit einer Vielzahl von Mitarbeitern. Bei vorformulierten Vereinbarungen dürfte eine Ankündigungsfrist für die Einführung der Kurzarbeit erforderlich sein.¹¹

b) Kurzarbeitergeld

Bei wirksamer Kurzarbeitsanordnung haben die Mitarbeiter nur Anspruch auf entsprechend gekürztes Arbeitsentgelt. Um den Verdienstaufschlag bei den betroffenen Arbeitnehmern aufzufangen, sieht das Sozialversicherungsrecht das sog. (konjunkturelle) Kurzarbeitergeld (KuG) vor. Auf die Größe des Betriebs kommt es dabei nicht an. Die Mitarbeiter haben einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld gemäß § 169 SGB III, wenn

- (1) ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (§ 170 SGB III),
- (2) die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 171 SGB III),
- (3) die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 172 SGB III) und
- (4) der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (§ 173 SGB III).

Der **Begriff des erheblichen Arbeitsausfalls** ist in § 170 SGB III definiert. Danach ist er erheblich, wenn

- (1) er auf wirtschaftlichen Gründen (§ 170 Abs. 2) oder einem unabwendbaren Ereignis (§ 170 Abs. 3) beruht,
- (2) er vorübergehend ist,
- (3) er nicht vermeidbar ist (§ 170 Abs. 4) und
- (4) im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als zehn Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist; dabei sind Auszubildende nicht mitzuzählen.

Wirtschaftliche Gründe eines Arbeitsausfalls sind in Abgrenzung zu sog. betriebsspezifischen Gründen nur solche, die im Zusammenhang mit dem allgemeinen Wirtschaftsprozess stehen.¹² Sie müssen zwar nicht die alleinige, aber zumindest die wesentliche oder überwiegende Ursache für den Arbeitsausfall sein und während der gesamten Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes vorliegen.¹³

Ein **unabwendbares Ereignis** liegt vor, wenn es unter den gegebenen, nach den Besonderheiten des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist.¹⁴

Der Arbeitsausfall darf **nur vorübergehend** sein, so dass aus den Gesamtumständen des Einzelfalles erkennbar sein muss, dass in absehbarer Zeit wieder mit dem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist. Nicht mehr vorübergehend ist ein Arbeitsausfall, wenn ersichtlich keine Vorkehrungen getroffen werden, Vollarbeit nach der zeitweiligen Betriebsstilllegung oder Betriebspause wieder aufzunehmen.¹⁵

Der Arbeitsausfall muss **unvermeidbar** sein, so dass der Arbeitgeber im Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen hat, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern. Auf diese Weise wird das dem Arbeitgeber zugewiesene allgemeine Beschäftigungsrisiko berücksichtigt. Zu geeigneten und wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen gehören innerbetriebliche Umsetzungen von Mitarbeitern, Aufräum- und Reparaturarbeiten sowie ggf. eine „Produktion auf Vorrat“, sofern das Unternehmen nicht zwangsläufig nur just-in-time

¹¹ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 19.01.2011 – 17 Sa 2153/10.

¹² BSG, Urteil v. 24.04.1998 – B 7 AL 102/97 R.

¹³ Köhler in: Plagemann, Sozialrecht, § 13 Rn. 99.

¹⁴ Köhler in: Plagemann, Sozialrecht, § 13 Rn. 102.

¹⁵ BSG, Urteil v. 25.04.1990 – 7 RAR 94/87.

produzieren kann. Grundsätzlich lässt sich Arbeitsausfall zunächst auch durch das Abschmelzen von Arbeitszeitguthaben kompensieren (vgl. § 170 Abs. 4 Satz 3 SGB III).

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Agentur für Arbeit setzt eine wirksame **Arbeitsausfallanzeige** durch den Arbeitgeber oder auch durch den Betriebsrat voraus. Jedenfalls ist eine Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen. Die Voraussetzungen für den Anspruch sind glaubhaft zu machen, dazu können etwa eine zugrunde liegende Betriebsvereinbarung sowie ggf. ein sog. Kurzarbeitsplan vorgelegt werden. Kurzarbeitergeld wird sodann erst ab dem Kalendermonat geleistet, in dem die Anzeige erstattet wurde.

Höhe und Dauer des Kurzarbeitergeldes bestimmen sich nach den **§§ 177 ff. SGB III**. § 182 SGB III enthält eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Rechtsverordnungen durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS). Mit der Verordnung vom 08.12.2009 ist der Bezugszeitraum für das Jahr 2011 auf 12 Monate festgesetzt worden. In Anlehnung an die Bemessung des Arbeitslosengeldes beträgt es grundsätzlich 60 Prozent der sogenannten Nettoentgeltdifferenz, für Arbeitnehmer mit einem erhöhten Leistungssatz (mindestens 1 Kind bzw. ein Ehegatte mit einem Kind) 67 Prozent. Das Nettoentgelt wird dabei pauschaliert und gerundet (§ 179 SGB III).

Den Anspruch auf Kurzarbeitergeld kann jedoch nicht der Arbeitnehmer selbst, sondern nur der Arbeitgeber oder der Betriebsrat gegenüber der Agentur für Arbeit durch einen **schriftlichen Antrag** geltend machen, der **innerhalb einer dreimonatigen Ausschlussfrist** zu stellen ist, wobei die Frist mit dem Ablauf desjenigen Kalendermonats beginnt, für den das Kurzarbeitergeld beantragt wird. Die entsprechenden Bescheide der Agentur für Arbeit können wiederum nur vom Arbeitgeber oder vom Betriebsrat angefochten werden.¹⁶

Möglicherweise kann jedoch auch durch Kurzarbeit der Arbeitsplatz der Betroffenen nicht langfristig gesichert werden. Zeiten des Bezugs von Kurzarbeitergeld werden nicht auf einen (möglichen) späteren **Anspruch auf Arbeitslosengeld** (ALG I) angerechnet. Nach dem Bezug von Kurzarbeitergeld können die Betroffenen also gegebenenfalls später in voller Länge ALG I erhalten.

Nähere Informationen zum Thema Kurzarbeitergeld bietet die gemeinsame Informationskampagne „Einsatz für Arbeit“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sowie der Bundesagentur für Arbeit, im Internet etwa unter www.einsatz-fuer-arbeit.de.

c) Wechselwirkungen zwischen Kurzarbeit und Urlaub

Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmer nicht zwingen, **vor Beginn der Kurzarbeit** Erholungsurlaub in Anspruch zu nehmen. Die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer sind vorrangig, die Einführung von Kurzarbeit ist kein entgegenstehender betrieblicher Belang.¹⁷ Das ergibt sich aus § 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Daher müssen die Arbeitnehmer auch nicht ihren Urlaubsanspruch verbrauchen, um Kurzarbeitergeld zu erhalten.

Wird Urlaub **nach der Kurzarbeitsphase** genommen, so ist der Urlaubsentgeltanspruch nicht durch die Kurzarbeit geschmälert (§ 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG).

Beim **Zusammentreffen von Kurzarbeit und Urlaub** stellt sich die Frage, ob die Anordnung der Kurzarbeit oder der Urlaub vorrangig ist. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob die Kurzarbeit auf vertraglicher oder kollektiver Grundlage eingeführt wurde.

Ist die Kurzarbeit **auf einzelvertraglicher Basis** erfolgt, so geht die Urlaubsgewährung vor. Das gilt unabhängig davon, ob die Urlaubserteilung vor oder nach Einführung der Kurzarbeit erfolgte.¹⁸ Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wird wirksam erfüllt; der Arbeitnehmer erhält Urlaubsentgelt und kein Kurzarbeitergeld (§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III).

Anders ist es, falls die Kurzarbeit **auf kollektivrechtlicher Grundlage** (über eine Betriebsvereinbarung) eingeführt wurde. Dann ist nach Festlegung des Zeitraums für die Kurzarbeit in diesem Zeitraum keine

¹⁶ Vgl. BSG, Urteil v. 25.05.2005 – B 11a/11 AL 15/04 R.

¹⁷ Vgl. Bauer/Kern, NZA 2009, S. 925, 926.

¹⁸ Bauer/Kern, NZA 2009, S. 925, 927 f.

Urlaubserteilung mehr möglich.¹⁹ Hatte der Arbeitgeber den Urlaub bereits vor Einführung der Kurzarbeit gewährt, gilt das Gleiche: Durch die Festsetzung der Kurzarbeit kann der Erfolg des Urlaubs (Freistellung von der Arbeit) nicht mehr eintreten.²⁰

Die kreative Vermengung von Kurzarbeit und Urlaub führte in einem Rechtsstreit, den das LAG Köln zu entscheiden hatte²¹, zu einem unerfreulichen Ergebnis für den Arbeitgeber. Der hatte mit dem Betriebsrat Folgendes vereinbart:

"Für die Zeit vom 01.06.2008 bis 30.11.2008 stellen unsere Mitarbeiter bei nicht ausreichendem Auftragsbestand ihren alten Urlaub zur Verfügung. Die restliche Zeit wird, wenn nicht gearbeitet werden kann, Kurzarbeitsgeld gezahlt. Wir werden in dieser Zeit keine betriebsbedingten Kündigungen aussprechen."

Der Kläger forderte für diesen Zeitraum das Entgelt in voller Höhe ein und verlangte die Gutschrift von Resturlaubstagen auf sein Urlaubskonto. Das LAG Köln gab der Klage im Hinblick auf die Gutschrift von Urlaubstagen statt, da der Kläger nicht habe erkennen können, an welchen Tagen und für welchen Zeitraum er von seiner Arbeitspflicht befreit gewesen sei. Die eingeforderten Vergütungsansprüche scheiterten nach Auffassung des LAG Köln daran, dass der Kläger seine Arbeitsleistung nicht angeboten habe.

3. Mitbestimmung des Betriebsrats

Die **Einführung und Ausgestaltung flexibler Arbeitszeitmodelle** ist gemäß **§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG** mitbestimmungspflichtig.

Will der Arbeitgeber **Kurzarbeit** einführen, muss er unabhängig von der Art der Ermächtigungsgrundlage, auf die er sich hierbei stützen will, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der vorübergehenden Verkürzung der betrieblichen Arbeitszeit aus **§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG** beachten. Das gilt auch, wenn eine tarifvertragliche Rechtsgrundlage für die Durchführung der Kurzarbeit einen Gestaltungsspielraum für den jeweils konkreten Einzelfall belässt.²² Dem Betriebsrat steht insoweit ein eigenes **Initiativrecht zur Einführung von Kurzarbeit** zu.²³ Nach Auffassung des BAG hat der Betriebsrat kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Frage der **Wiederherstellung der bisherigen betriebsüblichen Arbeitszeit**.²⁴

II. Betriebsurlaub

1. Anordnung des Betriebsurlaubs

Gegen die Indienstrafe von Betriebsurlaub als beschäftigungspolitisches Instrument des Arbeitgebers scheint § 7 Abs. 1 BUrlG zu sprechen. Die Vorschrift bestimmt, dass die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs zu berücksichtigen sind, „es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen“. Grundsätzlich gibt der Mitarbeiter vor, wann er Urlaub nehmen möchte, und der Arbeitgeber hat dem zu folgen. Betriebsurlaub, also eine zeitgleiche Beurlaubung der Gesamtheit der Arbeitnehmer eines Betriebs oder zumindest einer Betriebsabteilung, widerspricht auf den ersten Blick dem Grundgedanken des § 7 BUrlG, wonach ja die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer Vorrang haben. Diese wird der Arbeitgeber auch weiterhin zu beachten haben. Das BAG hat jedoch entschieden, dass die ebenfalls zu berücksichtigenden **dringenden betrieblichen Belange** auch in der rechtswirksamen **Einführung von Betriebsurlaub** liegen können.²⁵ Das entspricht inzwischen allgemeiner Auffassung. Auf diese Weise hat das BAG der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, den Betrieb zum Zwecke der einheitlichen Urlaubsgewährung vorübergehend stillzulegen, einen hohen Stellenwert beigemessen: Nicht die Einführung des Betriebsurlaubs – in der die genaue zeitliche Festlegung der Urlaubstage enthalten ist – muss durch dringende betriebliche Belange gerechtfertigt sein, sondern der

¹⁹ Das gilt jedenfalls für ganze Urlaubstage bei „Kurzarbeit Null“; die Gewährung halber Urlaubstage bleibt möglich, vgl. Bauer/Kern, NZA 2009, S. 925, 929.

²⁰ BAG, Urteil v. 16.12.2008 – 9 AZR 164/08. Wird die Kurzarbeit nur für halbe Tage angeordnet, so sind die halben Urlaubstage nachzugewähren, vgl. Bauer/Kern, NZA 2009, S. 929.

²¹ LAG Köln, Urteil vom 21.06.2010 – 5 Sa 1452/09.

²² Vgl. BAG, Beschluss v. 05.03.1974 – 1 ABR 28/73; Urteil v. 25.11.1981 – 4 AZR 274/79.

²³ Vgl. BAG, Beschluss v. 04.03.1986 – 1 ABR 15/84.

²⁴ Ablehnend unter Hinweis auf den entgegenstehenden Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG BAG, Beschluss v. 21.11.1978 – 1 ABR 67/76.

²⁵ BAG, Beschluss v. 28.07.1981 – 1 ABR 79/79; so auch LAG Düsseldorf, Urteil v. 20.06.2002 – 11 Sa 378/02.

Betriebsurlaub an sich stellt bereits den dringenden betrieblichen Belang dar. Die individuellen Urlaubsinteressen der Arbeitnehmer müssen dahinter zurückstehen. Das bedeutet auch, dass der Arbeitgeber angesichts eines bevorstehenden Betriebsurlaubs berechtigt ist, Urlaubswünsche einzelner Mitarbeiter abzulehnen, wenn sonst deren Urlaubsanspruch nicht mehr ausreichen würde, den Zwangsurlaub auszufüllen.

Arbeitnehmer dürfen indes nicht gezwungen werden, den kompletten Urlaub, der ihnen zusteht, als Betriebsferien zu nehmen. Sie haben vielmehr Anspruch darauf, einen Teil ihrer Urlaubsansprüche frei zu verplanen. In einem Verfahren, das vom BAG entschieden wurde, ging es um die Betriebsurlaubsregelung bei einem Flugzeugbauer. Die vorher angerufene Einigungsstelle hatte **3/5 des (regulären) Jahresurlaubs für Betriebsferien** und die restlichen 2/5 für individuellen Urlaub vorgesehen. Das BAG sah diese Aufteilung als angemessen an, meinte aber gleichzeitig, dass „auch eine andere Regelung, eine weitergehende Härteklausele, Betriebsferien nur für die Dauer von zwei Wochen u.ä.“ möglich seien.²⁶

Darüber hinaus hat der Arbeitgeber bei Einführung von Betriebsurlaub den **Grundsatz der zusammenhängenden Urlaubsgewährung** aus § 7 Abs. 2 BUrlG zu beachten. Jedenfalls zwei Wochen am Stück müssen dem Arbeitnehmer pro Jahr gewährt werden; kürzere Betriebsurlaubszeiten – etwa begrenzt auf sog. Brückentage – müssen wieder gesondert dringend betrieblich gerechtfertigt sein.²⁷

Was aber passiert, wenn der konkrete Urlaubsanspruch einzelner Arbeitnehmer nicht mit dem Zeitraum des Zwangsurlaubs deckungsgleich ist, etwa weil er bereits einen größeren Teil seines **Urlaubsanspruchs** im laufenden Jahr **verbraucht** hat oder weil er sich noch in der sechsmonatigen Wartezeit des § 4 BUrlG befindet? In diesem Fall bleibt zunächst der Arbeitnehmer mangels eines Urlaubsanspruchs zur Arbeitsleistung verpflichtet. Ist der Arbeitgeber jedoch wegen des Betriebsurlaubs nicht in der Lage, den Mitarbeiter tatsächlich zu beschäftigen (auch nicht mit zumutbaren Hilfs- oder Aufräumarbeiten), kommt er mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so dass er dem Arbeitnehmer auf jeden Fall das Arbeitsentgelt fortzuzahlen hat (§ 615 BGB).²⁸ Auf keinen Fall kommt eine Verrechnung mit zukünftigem Urlaub etwa aus dem nächsten Jahr in Betracht. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr. Wegen des Erholungszwecks des Urlaubsanspruchs scheidet ein Vorschuss aus. Selbst eine diesbezügliche Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wäre nach § 13 BUrlG unwirksam; der Mitarbeiter könnte mit Erfolg seinen Urlaub im nächsten Jahr (wieder) geltend machen.²⁹

Der Arbeitgeber könnte somit allenfalls mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung über die **Gewährung unbezahlten Sonderurlaubs** für die Zeit des Betriebsurlaubs treffen. Das setzt aber das Einverständnis des Mitarbeiters voraus. Für die einseitige Anordnung eines unbezahlten Urlaubs gibt es keine Rechtsgrundlage. Eine entsprechende formularmäßige Vereinbarung im Arbeitsvertrag ist unwirksam.³⁰

Etwas Anderes gilt nur für Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen **Wartezeit**. In dieser Situation kann dem Mitarbeiter, dem der Urlaubsanspruch ja gerade noch nicht zusteht, bereits der künftige Urlaub einvernehmlich im Vorgriff bereits vor Ablauf der Wartezeit gewährt werden (vgl. §§ 4, 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG). Eine Zwangsbeurlaubung kommt jedoch auch in dieser Situation mangels Bestehens eines Urlaubsanspruchs nicht in Frage. Scheidet der Arbeitnehmer im Falle einer einvernehmlichen Urlaubsnahme in der Folgezeit vorzeitig aus dem Betrieb aus und hat dabei bereits mehr Urlaub erhalten als ihm zustehen würde, kann der Arbeitgeber **keine Rückzahlung des zu viel gezahlten Urlaubsentgelts** verlangen (§ 814 BGB).³¹

2. Mitbestimmung des Betriebsrats

Für die Einführung von Betriebsferien ist die zwingende **Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG zu beachten**. Die Missachtung des Mitbestimmungsrechts führt von vornherein zur Unwirksamkeit der Urlaubsanordnung.³² Die dennoch nicht beschäftigten Mitarbeiter behalten also ihren

²⁶ BAG, Beschluss v. 28.07.1981 – 1 ABR 79/79).

²⁷ Vgl. dazu auch LAG Niedersachsen v. 23.04.2009 – 7 Sa 1655/08.

²⁸ Vgl. BAG, Urteile v. 02.10.1974 - 5 AZR 507/73 und v. 30.06.1976 - 5 AZR 246/75.

²⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 11.07.2006 - 9 AZR 535/06.

³⁰ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 28.06.2005 – 5 Sa 376/04.

³¹ Vgl. LAG Niedersachsen, Urteil v. 20.08.1980 – 5 Sa 38/80.

³² H.M., vgl. nur die Nachweise bei Dersch/Neumann, § 7 BUrlG Rn. 31.

bisherigen Urlaubsanspruch und sind gleichwohl für diese Zeit ordnungsgemäß zu vergüten. In Firmen ohne Betriebsrat hingegen kann die Leitung den Betriebsurlaub kraft ihres Direktionsrechts einseitig einführen.³³

Der Regelungskompetenz der Betriebspartner steht die grundsätzliche Bindung des Urlaubsanspruchs an das jeweilige Urlaubsjahr nicht entgegen. Mithin wäre auch eine allgemeine Regelung über die Einführung von Betriebsurlaub **für mehrere aufeinander folgende Jahre** im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zulässig.³⁴ Unzulässig wäre allerdings eine Betriebsvereinbarung, die bestimmt, dass Urlaubsansprüche des Folgejahres bereits im Vorgriff im laufenden Urlaubsjahr erfüllt werden.³⁵

Umstritten ist jedoch, ob dem **Betriebsrat** daneben auch ein eigenes **Initiativrecht** zur Einführung von Betriebsurlaub zusteht, um etwa von sich aus Reaktionen auf die problematische Auftragslage anzustoßen und damit ggf. auch betriebsbedingten Kündigungen jedenfalls vorübergehend vorzugreifen.³⁶ Dagegen wird neben der Frage einer Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Arbeitgeberentscheidungen angeführt, dass die gegen den Willen des Arbeitgebers beabsichtigte Einführung von Betriebsurlaub nicht den Grundsätzen der Urlaubsgewährung gemäß § 7 BUrlG entspreche, da schließlich die individuellen Urlaubswünsche der Arbeitnehmer den Vorrang genießen. Andererseits: Wenn das BAG die Einführung von Betriebsurlaub als dringendes betriebliches Belang i. S. d. § 7 BUrlG wertet, kann es keinen Unterschied machen, auf wessen Initiative hin die Betriebsferien eingeführt worden sind.

III. Abbau von Leiharbeit

Leih- bzw. Zeitarbeit ist in den vergangenen Jahren für nahezu jedes mittlere und größere Unternehmen ein beliebtes Gestaltungsmittel geworden. Für die entleihenden Arbeitgeber besteht ein Vorteil der Leiharbeit darin, dass die Leiharbeitnehmer Kündigungsschutz nur gegenüber ihrem jeweiligen Verleih-Arbeitgeber genießen. Der Abbau von Leiharbeit ist für die Unternehmen arbeitsrechtlich daher unproblematisch. Müssen etwa wegen eines konjunkturellen Abschwungs Beschäftigungskapazitäten verringert werden, bestimmt sich die Beendigung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern maßgeblich nach den vertraglichen Vereinbarungen, die im **Überlassungsvertrag** zwischen Entleiher und Verleiher getroffen wurden. In der Regel kann der Einsatz mit sehr kurzen Fristen beendet werden.

IV. Verhältnis dieser Instrumentarien zur betriebsbedingten Kündigung

Das Kündigungsschutzrecht wird geprägt von dem sog. **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (auch ultima-ratio-Prinzip genannt). Das bedeutet, dass eine Kündigung immer nur das allerletzte Mittel sein darf, um auf Störungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis zu reagieren, unabhängig davon, wo die Ursache der Störung liegt (in der betrieblichen Situation, im Verhalten des Mitarbeiters oder in seiner Person, etwa bei Krankheit). Der Arbeitgeber muss also vor Ausspruch einer Kündigung alle zumutbaren und möglichen „milderen“ Mittel in Betracht ziehen.

Nicht ganz klar ist dabei jedoch, ob der Arbeitgeber etwa auch den Einsatz von Leiharbeitnehmern beenden muss, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden, oder ob er an den Leiharbeitnehmern festhalten kann und stattdessen gegenüber bei ihm angestellten Mitarbeitern Kündigungen aussprechen kann. Gegenwärtig geht die Tendenz in der Rechtsprechung dahin, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern jedenfalls dann vorrangig vor dem Ausspruch von Kündigungen abzubauen ist, wenn **bestimmte Arbeitsplätze dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt** sind.³⁷ Diese Arbeitsplätze sind als freie Arbeitsplätze anzusehen, die für eine Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern der Stammbeslegschaft in Betracht kommen. Etwas Anderes dürfte gelten, wenn die Leiharbeitnehmer nur unregelmäßig, für vorübergehende Arbeitsspitzen eingesetzt werden. Eine Klärung durch das BAG steht hierzu insgesamt aber noch aus. Es ist jedoch anerkannt, dass der Arbeitgeber nicht mit der Begründung betriebsbedingt kündigen darf, er wolle diesen Arbeitsplatz zukünftig mit

³³ BAG, Urteil v. 12.10.1961 - 5 AZR 423/60; LAG Düsseldorf, Urteil v. 20.06.2002 - 11 Sa 378/02.

³⁴ Vgl. BAG, Beschluss v. 28.07.1981 - 1 ABR 79/79.

³⁵ BAG, Urteil v. 17.01.1974 - 5 AZR 380/73.

³⁶ Bejahend aus der Rechtsprechung etwa LAG Niedersachsen, Beschluss v. 26.02.1985 - 6 TaBV 2/84 - allerdings vorrangig zur Frage der Dauer des Betriebsurlaubs; vgl. zum Meinungsstand Friese, Urlaubsrecht, Rn. 252 m.w.N..

³⁷ Vgl. etwa LAG Hamm, Urteile v. 05.03.2007 - 11 Sa 1338/06 -, v. 24.07.2007 - 12 Sa 320/07 - und v. 21.12.2007 - 4 Sa 1892/06.

einem Leiharbeiter besetzen.³⁸ Eine Kündigung wegen des Einsatzes von Leiharbeitern ist also nicht möglich.

Höchststrichlerlich noch nicht abschließend entschieden ist wiederum, ob die **Einführung von Kurzarbeit** vom Arbeitgeber zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen verlangt werden kann. Dies hat das BAG früher zunächst abgelehnt³⁹, später ausdrücklich offengelassen⁴⁰ und schließlich wieder als milderes Mittel ernsthaft in Erwägung gezogen.⁴¹ Diese Frage ist in der Literatur ebenfalls umstritten.⁴² Zu beachten ist, dass Kurzarbeit nur bei einem vorübergehenden Arbeitsausfall in Betracht kommt. Lediglich in dieser Situation kann der Arbeitgeber vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet sein, zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen Kurzarbeit einzuführen, sofern das rechtlich und tatsächlich überhaupt möglich ist.

Aber auch **während einer Kurzarbeitsperiode sind betriebsbedingte Kündigungen nicht generell ausgeschlossen**. Der Arbeitgeber hat immer die Möglichkeit, den dauerhaften Wegfall jedenfalls bestimmter Beschäftigungsmöglichkeiten darzulegen.⁴³ Die unternehmerische Prognose, ob ein Arbeitsausfall lediglich vorübergehender Natur oder aber dauerhaft ist, dürfte letztlich als Bestandteil der arbeitgeberseitigen Entscheidungsfreiheit nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegen, sofern sie an greifbaren Anhaltspunkten festgemacht wird.

Für die **Anordnung von Betriebsurlaub** wird sich diese Frage aufgrund der begrenzten zeitlichen Möglichkeit von in der Regel lediglich einigen Wochen meist gar nicht erst stellen. Das kann beim **Abbau von Arbeitszeitguthaben** anders sein. Hier kommt es auf das vorhandene Stundenvolumen und den konkreten Bezug zu dem von der Kündigung bedrohten Arbeitsplatz im jeweiligen Einzelfall an.

V. Kürzung des Arbeitsentgelts

Eine wirtschaftliche Entlastung des Unternehmens kann erfolgen, indem die Entgeltkosten reduziert werden. Das lässt sich (theoretisch) durch den Abschluss entsprechender Änderungsverträge erreichen. Eine einseitige Kürzung des Arbeitsentgelts kann der Arbeitgeber durch den Ausspruch von Änderungskündigungen vornehmen. Darüber hinaus kommt eine einseitige Entgeltkürzung nur in Betracht, wenn der Arbeitsvertrag Widerrufs- oder Änderungsvorbehalte enthält.

1. Änderungsvertrag

Will der Arbeitgeber das Entgelt der Mitarbeiter durch Änderungsverträge absenken, so müsste er mit jedem einzelnen Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung treffen. Das wird in den allermeisten Fällen **unpraktikabel** sein. Außerdem drohen auch noch **rechtliche Risiken**, falls der Arbeitnehmer die Vereinbarung im Nachhinein mit der Behauptung anfecht, es sei zum Abschluss des Änderungsvertrages durch Drohung oder Täuschung bestimmt worden (§ 123 BGB).

Keinesfalls sollten Arbeitgeber sich auf **mündliche Vereinbarungen** einlassen. Das LAG Rheinland-Pfalz hat sehr hohe Anforderungen an den Vortrag des Arbeitgebers zum Abschluss einer solchen mündlichen Vereinbarung gestellt.⁴⁴ Das Gericht gab der Klage eines Sanitär- und Heizungsinstallateurs auf Lohnnachzahlung in letzter Instanz statt. Der Kläger hatte bestritten, einer mündlichen Lohnkürzung zugestimmt zu haben und ca. 6500,00 Euro Lohn nachgefordert. Der Arbeitgeber verweigerte die Lohnzahlung mit der Begründung, die Parteien hätten eine Kürzung des Stundenlohns von 12,86 Euro auf 11,19 Euro mündlich vereinbart, nachdem der Mitarbeiter nicht mehr als Monteur, sondern als Monteurlhelfer eingesetzt worden war. Nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz hat der Arbeitgeber eine derartige mündliche Vereinbarung, die grundsätzlich nicht unzulässig wäre, **nicht hinreichend detailliert und konkret dargelegt**. Selbst aus der Lohnabrechnung sei die

³⁸ Vgl. BAG, Urteile v. 16.12.2004 - 2 AZR 66/04 - und v. 26.09.1996 - 2 AZR 200/96: unzulässige Austausch Kündigung; LAG Hamm, Urteil v. 24.07.2007 - 12 Sa 320/07.

³⁹ BAG, Beschluss v. 04.03.1986 - 1 ABR 15/84; Urteil v. 11.09.1986 - 2 AZR 564/85.

⁴⁰ BAG, Urteil v. 15.06.1989 - 2 AZR 600/88.

⁴¹ BAG, Urteil v. 26.06.1997 - 2 AZR 494/96.

⁴² Vgl. etwa Oetker in ErfK, § 1 KSchG Rn. 393287 ff.; Rost in KR, § 1 KSchG Rn. 530 ff.

⁴³ Vgl. BAG, Urteil v. 26.06.1997 - 2 AZR 494/96; so auch LAG Hamm, Urteil v. 24.06.2010 - 8 Sa 1488/09.

⁴⁴ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 31.03.2008 - 5 Sa 715/07 (rechtskräftig).

Absenkung des Lohns nur an den geringeren Beträgen zu erkennen gewesen. Zudem habe sich – anders als vom Unternehmen behauptet – an den Arbeitsinhalten nichts geändert. Der Arbeitgeber habe überdies seine **Fürsorgepflicht** „grob verletzt“. Denn: „Selbst wenn man deshalb davon ausgehen würde, dass eine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien zustande gekommen wäre, wäre es der Beklagten wegen des **Verbots illoyalen Verhaltens (§ 242 BGB)** und aufgrund eines dann gegebenen groben Verstoßes gegen die Fürsorgepflicht verwehrt, sich auf diese Vereinbarung zu berufen“. Der Arbeitgeber hätte die Änderungswünsche nach Ansicht des LAG Rheinland-Pfalz wenigstens schriftlich aushändigen müssen, damit der Arbeitnehmer sich hätte beraten lassen können. Gerade mit Blick auf das seit 30 Jahren bestehende Arbeitsverhältnis habe der Kläger mehr Fürsorge erwarten können, zumal er auch bereits aus Anlass eines vorangegangenen Kündigungsschutzverfahrens ausdrücklich durch Anwaltsschreiben seinen Wunsch geäußert hatte, zukünftig alles arbeitsrechtlich Relevante seinem Anwalt mitzuteilen.

Aus dieser Entscheidung ließe sich – wenn man sie ernst nimmt – auch eine auf Fürsorgegesichtspunkte generelle Pflicht zur Gewährung von Bedenkzeit bei allen (auch schriftlich vollzogenen) Vertragsänderungen herauslesen, sofern die Änderungen dem Arbeitnehmer zum Nachteil gereichen.

2. Änderungskündigung

Der Ausspruch von (Massen-)Änderungskündigungen ist auch in der Unternehmenskrise mit vielfältigen Schwierigkeiten behaftet. Diese Kündigung ist arbeitsrechtlich nicht privilegiert. Das bedeutet: Der Arbeitgeber muss den **Betriebsrat** beteiligen und die **Kündigungsfristen** beachten; zudem muss ein Kündigungsgrund vorliegen, den der Arbeitgeber im Falle eines Kündigungsschutzprozesses darlegen und beweisen muss.

Die Anforderungen an den **Kündigungsgrund** sind streng, wenn das Ziel der Änderungskündigung darin besteht, die Arbeitsbedingungen zu verschlechtern. Besteht die vom Arbeitgeber angebotene Vertragsänderung allein in der Absenkung der bisherigen Vergütung, muss der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG einen umfassenden Sanierungsplan aufstellen, der alle gegenüber der Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.⁴⁵ Voraussetzung ist, dass ohne die Änderung eine Reduzierung der Belegschaft oder eine Stilllegung des Betriebs droht. Der Arbeitgeber muss ein **umfassendes Sanierungskonzept** vorlegen, aus dem sich ergibt, dass keine milderen Mittel in Betracht kommen, um die Stilllegung des Betriebs oder die Entlassung von Arbeitnehmern zu verhindern. Außerdem muss aus dem Sanierungskonzept die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, der Anteil der Lohnkosten an den Gesamtkosten und die Auswirkung der geplanten Kostensenkung für den Betrieb hervorgehen. In der Praxis scheitern die meisten Änderungskündigungen an dieser hohen Hürde. Das BAG geht davon aus, dass eine Änderungskündigung, mit der mehrere Arbeitsbedingungen abgeändert werden sollen, bereits dann unwirksam ist, wenn nur eine der vorgesehenen Änderungen nicht sozial gerechtfertigt ist.⁴⁶

Das BAG hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem die an den Kündigungsgrund zu stellenden Anforderungen grundsätzlich erfüllt waren.⁴⁷ Die beklagte Arbeitgeberin hatte nach mehreren verlustreichen Geschäftsjahren in Zusammenarbeit mit einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einen Sanierungsplan entwickelt. Vorgesehen war, dass die Arbeitnehmer unentgeltliche Mehrarbeit leisten und dass für einen Zeitraum von drei Jahren Sonderzuwendungen entfallen. Die Arbeitgeberin schloss einen entsprechenden Sanierungstarifvertrag mit der zuständigen Gewerkschaft ab, in dem sie auch auf betriebsbedingte Kündigungen verzichtete. Insgesamt 97 Prozent der Arbeitnehmer waren hiermit einverstanden und schlossen entsprechende Änderungsvereinbarungen ab. Der Kläger, der nach dem Sanierungskonzept für drei Jahre einen Beitrag in Höhe von insgesamt ca. 3.500,00 Euro hätte leisten müssen, weigerte sich hiergegen, so dass die Arbeitgeberin ihm gegenüber eine Änderungskündigung aussprach. Vor Gericht argumentierte der Kläger folgendermaßen: Das Ziel des Sanierungsplans (Kosteneinsparung) sei schon dadurch erreicht worden, dass **97 Prozent der Belegschaft vor Ausspruch der Kündigung freiwillig bereit** gewesen waren, die **Änderungen zu akzeptieren**. Daher sei eine **Kündigung** ihm gegenüber **nicht mehr erforderlich** gewesen. Juristisch gesehen stellt sich die Frage, ob noch ein Kündigungsgrund vorlag, als die Arbeitgeberin dem Kläger gegenüber die Änderungskündigung aussprach. Denn zu diesem Zeitpunkt hatten ja bereits fast alle anderen Arbeitnehmer das Änderungsangebot akzeptiert. Nach Ansicht des BAG führt diese Tatsache jedoch nicht zum Wegfall des Kündigungsgrundes. Das Sanierungskonzept habe die Beteiligung aller Arbeitnehmer erfordert. Das Konzept

⁴⁵ Vgl. etwa BAG, Urteil v. 29.11.2007 – 2 AZR 789/06; Urteil v. 23.06.2005 – 2 AZR 642/04; Urteil v. 12.11.1998 – 2 AZR 91/98.

⁴⁶ BAG, Urteil v. 21.09.2006 – 2 AZR 120/06.

⁴⁷ BAG, Urteil v. 26.06.2008 – 2 AZR 139/07.

habe, ebenso wie die schlechte wirtschaftliche Lage, zum Kündigungszeitpunkt fortbestanden. Der Kündigungsgrund entfalle erst nach vollständiger Umsetzung des Sanierungskonzepts. Das BAG weist auch zu Recht darauf hin, dass die Argumentation des Klägers widersprüchlich ist. Einerseits beruft er sich auf die Geltung des Sanierungskonzepts, indem er mit bereits erzielten Sanierungsbeiträgen der anderen Arbeitnehmer argumentiert. Andererseits will er seinen Beitrag im Rahmen des Sanierungsplans nicht erbringen. Das BAG macht zudem darauf aufmerksam, dass die Auffassung des Klägers die Umsetzung eines Sanierungskonzepts auf freiwilliger Basis erheblich erschweren würde.

3. Widerrufsvorbehalt

Der Widerrufsvorbehalt zielt auf die Beseitigung eines bestehenden Rechtsanspruchs. Das unterscheidet ihn von einem Freiwilligkeitsvorbehalt, der den Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung gar nicht erst entstehen lässt.

Will der Arbeitgeber eine Leistung einstellen, die arbeitsvertraglich mit einem Widerrufsvorbehalt versehen ist, so stellt sich zunächst die Frage, ob der Vorbehalt wirksam ist. Das BAG misst Widerrufsvorbehalte an den Vorschriften der §§ 307 ff. BGB, die seit dem Jahr 2002 für Arbeitsverträge gelten. In Arbeitsverträgen, die nach dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, ist nach der Rechtsprechung des BAG eine zumindest schlagwortartige **Umschreibung der Widerrufsründe** im Arbeitsvertrag erforderlich. Anderenfalls ist der Widerrufsvorbehalt gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Transparenzgebot) unwirksam, da er nicht hinreichend klar und eindeutig ist. In Verträgen, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, als die §§ 307 ff. BGB noch nicht galten, müssen die Widerrufsründe nicht im Arbeitsvertrag aufgeführt sein.⁴⁸ Das BAG nimmt insoweit eine ergänzende Vertragsauslegung vor und prüft, ob ein Widerrufsrund vorliegt, mit dem der Arbeitnehmer sich billigerweise bei Abschluss oder Änderung des Arbeitsvertrages hätte einverstanden erklären müssen.⁴⁹ Dieser „**Vertrauensschutz für Altverträge**“ gilt jedoch nicht, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 01.01.2002 an irgendeiner Stelle abgeändert worden ist.⁵⁰

Nach der Rechtsprechung des BAG⁵¹ ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des **Gesamtverdienstes** unter **25 %** liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu **30 %** des Gesamtverdienstes.

Überdies muss der Widerruf im Einzelfall **billigem Ermessen** entsprechen; das gilt auch dann, wenn der Arbeitsvertrag „freies Ermessen“ oder einen „jederzeitigen“ Widerruf vorsieht.⁵² Das folgt aus § 308 Nr. 4 BGB: Die Kontrolle ob dem Arbeitnehmer der Widerruf der Sonderzahlung zumutbar ist, schließt einen Widerruf der Sonderzahlung nach freiem Ermessen des Arbeitgebers aus.

4. Freiwilligkeitsvorbehalt

Auch im Hinblick auf Freiwilligkeitsvorbehalte in Arbeitsverträgen gibt sich die Rechtsprechung bisweilen sehr kritisch. Freiwilligkeitsvorbehalte sollen Rechtsansprüche auf die in Aussicht gestellte Leistung von vornherein ausschließen. Dieser Zweck muss sich im Wortlaut der Vertragsklausel widerspiegeln. Allein die **Benutzung des Wortes „freiwillig“ reicht nicht aus**, weil darunter auch der Hinweis zu verstehen sein könnte, dass keine gesetzliche oder tarifliche Leistungspflicht besteht.⁵³

Das BAG unterscheidet zwischen Freiwilligkeitsvorbehalten bei laufenden Leistungen und bei einmaligen Leistungen. Freiwilligkeitsvorbehalte **bei laufenden Leistungen** sind nach Ansicht des BAG von vornherein unwirksam.⁵⁴ Das BAG stützt sich dabei auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB: Der Ausschluss des Rechtsanspruchs durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt bei laufenden Leistungen verletze das Prinzip der Vertragsbindung und löse die

⁴⁸ BAG, Urteil v. 12.01.2005 – 5 AZR 364/04.

⁴⁹ Jüngst: BAG, Urteil v. 20.04.2011 – 5 AZR 191/10.

⁵⁰ BAG, Urteil v. 30.07.2008 – 10 AZR 606/07.

⁵¹ BAG, Urteile v. 11.10.2006 - 5 AZR 721/05, v. 07.12.2005 - 5 AZR 535/04, v. 12.01.2005 - 5 AZR 364/04.

⁵² Kania in ErfK, §§ 305 - 310 BGB Rn. 61.

⁵³ BAG, Urteil v. 23.10.2002 – 10 AZR 48/02.

⁵⁴ BAG, Urteil v. 25.04.2007 – 5 AZR 627/06. Die Entscheidung betrifft eine monatlich zu zahlende Leistungszulage.

Verknüpfung der Leistungspflichten beider Vertragsteile auf. **Bei einmaligen Leistungen** sei der Freiwilligkeitsvorbehalt dagegen wirksam.⁵⁵ Er benachteilige den Arbeitnehmer nicht unangemessen, sondern entspreche den allgemeinen Grundsätzen zur Verhinderung einer betrieblichen Übung.

Aber auch bei einmaligen Leistungen kann der Freiwilligkeitsvorbehalt im Einzelfall unwirksam sein. Das BAG hat mehrfach den Freiwilligkeitsvorbehalt am **Transparenzgebot** des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitern lassen.^{56,57,58}

Ist der Freiwilligkeitsvorbehalt jedoch wirksam, so bedarf es für die Einstellung der Leistung weder einer Ankündigung noch einer Begründung.⁵⁹

5. Mitbestimmung des Betriebsrats

Wenn der Arbeitgeber – etwa unter Inanspruchnahme von Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalten – freiwillig geleistete Entgeltbestandteile kürzt oder wegfallen lässt, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus **§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG** zu beachten. Da der Betriebsrat nicht über die Höhe der Arbeitsvergütung mitzubestimmen hat, darf der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei Leistungen ganz einstellen oder gleichmäßig kürzen. Wird allerdings bei einer anteiligen Kürzung von Leistungen der **Verteilungsschlüssel geändert**, löst dies ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus.⁶⁰

Missachtet der Arbeitgeber das bestehende Mitbestimmungsrecht, so hat das zur Folge, dass bis zur Einigung mit dem Betriebsrat ein Zahlungsanspruch in bisheriger Höhe für die Arbeitnehmer bestehen bleibt; allerdings ist es zulässig, durch eine Betriebsvereinbarung die Neuverteilung der Leistung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Leistungsgewährung zu regeln.⁶¹

2. Thema: Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als Arbeitgeberkorsett für die Einstellung von Leiharbeitnehmern?

I. Einleitung

Auswahlrichtlinien für Entlassungen waren in den vergangenen Jahren zwischen den Betriebspartnern eher unproblematisch, da man sich hinsichtlich der Kriterien an die Vorgaben im Kündigungsschutzgesetz und die ergangene Rechtsprechung mit Punktetabellen halten konnte. Anders stellt sich die Situation bei Auswahlrichtlinien für Einstellungen dar, insbesondere bei Leiharbeitnehmern. Die gesetzgeberischen Aktivitäten im letzten Jahr⁶² provozieren Betriebsräte, Auswahlrichtlinien für die Einstellung von Leiharbeitnehmern zu fordern.

Die ersten gesetzlichen Änderungen zum AÜG sind am 01.05.2011 in Kraft getreten. Im Jahre 2010 hat sich die IG Metall bundesweit nochmals für das Gebot „Equal Pay“ stark gemacht⁶³. In Unternehmen mit hoher IG Metall-Organisationsquote werden die Betriebsräte aktiv. Dabei ist die Art und Weise, wie die Betriebsräte mit der Arbeitnehmerüberlassung umgehen, unterschiedlich und u. a. abhängig vom Ausmaß der jeweiligen Arbeitnehmerüberlassung. Die Reaktionen der Betriebsräte reichen von Einstellungsblockaden bis hin zu einvernehmlichen Lösungen. Betriebsräte versuchen Einstellungen von Leiharbeitnehmern, z. B. mit Begründungen, die personelle Maßnahme verstoße gegen ein Gesetz – die Mitarbeiter werden ungleich entlohnt, § 9 Nr. 2 AÜG, der Leiharbeitnehmer werde schlechter gestellt als bereits andere Leiharbeitnehmer, die unter besseren Bedingungen angestellt sind, § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG, zu blockieren.

⁵⁵ BAG, Urteil v. 30.07.2008 – 10 AZR 606/07 (jährlicher Gewinn- und leistungsabhängiger Bonus) und Urteil v. 21.01.2009 – 10 AZR 219/08 (Weihnachtsgeld).

⁵⁶ BAG, Urteil v. 10.12.2008 – 10 AZR 1/08.

⁵⁷ BAG, Urteil v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06.

⁵⁸ BAG, Urteil v. 30.07.2008 – 10 AZR 606/07.

⁵⁹ BAG, Urteil v. 21.01.2009 – 10 AZR 219/08.

⁶⁰ Vgl. Kania in ErfK, § 87 BetrVG Rn. 113 f.

⁶¹ Kania in ErfK, § 87 BetrVG Rn. 116.

⁶² Vgl. Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2010 (AÜG)

⁶³ Siehe auch Karthaus, AuR 2010, 494

Die Verweigerungsgründe, die in diese Richtung tendieren, lassen sich beliebig ausweiten. Tatsache ist jedoch, dass die Betriebsräte über Zustimmungsverweigerungsrechte nach § 99 Abs. 2 BetrVG tarifpolitisch motiviert die Einstellung von Leiharbeitnehmern erschweren, wenn nicht sogar blockieren.⁶⁴ Ein zwischenzeitlich gern ausgeübtes Blockadeinstrument ist das Verlangen nach interner Stellenausschreibung. Arbeitgeber, die auf die Leiharbeitnehmer als flexibles Instrument der Personalbeschaffung angewiesen sind, sind ungeachtet dieser unberechtigten Forderung genötigt, Stellen betriebsintern auszuschreiben. Um die Einstellungsblockade noch effizienter zu gestalten, verlangen Betriebsräte neuerdings Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG. Die inhaltlichen Forderungen sind mittlerweile so fein strukturiert, dass mancher Arbeitgeber sich in seiner Personalplanung vollends ausgebremst fühlt, wie die nachstehenden Forderungen beispielhaft belegen:

1. *Leiharbeitnehmerstellen sind betriebsintern auszuschreiben. Eine externe Einstellung kann erst erfolgen, wenn die interne Stellenausschreibung scheitert.*
2. *Fremdleistungen, die innerhalb des Betriebs erbracht werden, sind nur zulässig, soweit eine Erbringung der Arbeitsleistung durch eigene Arbeitnehmer ausscheidet.*
3. *Vor der Einstellung von Leiharbeitnehmern hat der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren nach §81 Abs.1 SGB IX durchzuführen und schwerbehinderte Bewerber einzustellen.*
4. *Dem Betriebsrat sind die Verträge bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern vorzulegen.*
5. *Der Betriebsrat kann die Zustimmung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern insbesondere verweigern, wenn*
 - *eingesetzten Leiharbeitnehmern für die Zeit der Beschäftigung nicht die im Betrieb für vergleichbare Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 2 AÜG geltenden Arbeitsbedingungen und nicht das Entgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten gewährt wird (Equal-Pay-Prinzip).*
 - *die Anzahl der Zeitarbeiter 8 % übersteigt.*
 - *die Zeitarbeitsfirma keinen Betriebsrat hat.*
 - *der Arbeitgeber nicht bereit ist, die Anzahl der zu wählenden Betriebsräte auf der Grundlage aller zum Stichtag im Betrieb arbeitenden Mitarbeiter incl. Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen.*
 - *der Arbeitgeber nicht bereit ist, ab einer Leiharbeitnehmerzahl von 5 % der Beschäftigten eine zusätzliche Freistellung zu gewähren.*
 - *die Leiharbeitnehmer nicht die gleichen Vergünstigungen haben, wie die Stammbeschäftigten.*
 - *Hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes gilt:*
Arbeitgeber und Betriebsrat haben darauf zu achten, dass alle im Betrieb beschäftigten Fremdfirmenarbeitnehmer mit der Stammbeschäftigten unter Beachtung von Art. 157 AEUV (ex-Art. 141 EGV) gleich behandelt werden. Den Fremdfirmenarbeitnehmern stehen für die Zeit ihrer Beschäftigung die gleichen Rechte aus der Betriebsverfassung zu wie den Stammarbeitnehmern. Für die Eingruppierung von Fremdfirmenbeschäftigten gelten die gleichen Maßstäbe wie für die Eingruppierung von Beschäftigten des Unternehmens.

Dies sind einige der gestellten Forderungen. Ob Arbeitgeber sich kampflos hingeben müssen, welche rechtlichen Grenzen bestehen und wie ggf. entgegengewirkt werden kann, soll im Folgenden unter Einbeziehung dieser beispielhaften Forderungen herausgearbeitet werden.

II. Initiativrecht des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann nach § 95 Abs.2 BetrVG in Betrieben - **nicht Unternehmen** - mit mehr als 500 Arbeitnehmern die Aufstellung von Richtlinien über die bei Einstellungen zu beachtenden fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und sozialen Gesichtspunkte verlangen. Der Betriebsrat hat bei Erreichen des Schwellenwertes ein Initiativrecht, um die Aufstellung von Auswahlrichtlinien zu erzwingen⁶⁵. Verweigert der Arbeitgeber sich gegenüber dem Betriebsrat, kann dieser die Einigungsstelle anrufen. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt dann die Einigung zwischen den Betriebspartnern über die Auswahlrichtlinie für Leiharbeitnehmer.

⁶⁴ Vgl. auch Düwell/Dahl, NZA-RR 2011, 1, 2

⁶⁵ Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95 Rdnr. 48; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95 Rdnr. 11

III. Auswahlrichtlinien als Entscheidungs- und Verfahrenshilfe

Ob und inwieweit mit einer Auswahlrichtlinie die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers zur Einstellung von Leiharbeitnehmern eingeschränkt werden kann, ist fraglich. Die Betriebsverfassung - dies dürfte allgemein unstrittig sein - dient der Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen und grenzt die unternehmerische Freiheit ein⁶⁶. Auswahlrichtlinien begrenzen die **personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers**. Insoweit hat die Festlegung der fachlichen und persönlichen Voraussetzung und sozialen Gesichtspunkte den Zweck, dass der Arbeitgeber diese Vorgaben zu beachten hat. Auswahlrichtlinien, die der Betriebsrat durchsetzen kann, unterliegen Beschränkungen. So unterliegt dem Mitbestimmungsrecht und damit der Regelungskompetenz der Einigungsstelle nur die **Aufstellung von Richtlinien**. Auswahlrichtlinien sind Grundsätze, die der Entscheidungsfindung dienen sollen, wenn für diese mehrere Arbeitnehmer in Betracht kommen⁶⁷. Es handelt sich um eine generelle und keine Einzelfallregelung für die Zukunft.⁶⁸ Sinn und Zweck der Auswahlrichtlinien ist es festzulegen, unter welchen Voraussetzungen personelle Einzelmaßnahmen durchgeführt werden sollen, um die jeweilige Personalentscheidung des Arbeitgebers zu versachlichen⁶⁹. Aus dieser **Richtlinienfunktion** ergibt sich, dass es sich bei den Auswahlrichtlinien im Sinne von § 95 BetrVG nur um **Entscheidungs- und Verfahrenshilfen** handeln kann, die personellen Einzelmaßnahmen zu objektivieren.⁷⁰ Damit folgt die erste **Grenze für den Inhalt einer Auswahlrichtlinie** aus dem Begriff selbst. Da sie nur eine **Entscheidungshilfe** sein soll, muss die Auswahl selbst Sache des Arbeitgebers bleiben, den die Richtlinien nur in seinem **Ermessensspielraum einengen** können⁷¹. Im Hinblick auf den Forderungskatalog im Beispielfall treten Bedenken auf. Das letztendliche Auswahlrecht des Arbeitgebers entfällt nach Feststellung bestimmter Voraussetzungen ohne Entscheidungsalternative: Er darf Leiharbeitnehmer nicht mehr einstellen. Da schon kein Ermessensspielraum mehr vorliegt, ist begrifflich die Grenze für den Inhalt einer Auswahlrichtlinie überschritten. Weitergehende Forderungen sind auf Grund des **Richtliniencharakters** nicht mehr von § 95 BetrVG gedeckt.

IV. Allgemeine Regelungsgrenzen aus dem Betriebsverfassungsgesetz selbst sowie anderer Gesetze

1. Verfahrensgrundsätze in Auswahlrichtlinien

Weitere Begrenzungen können sich im Hinblick auf die unterschiedliche Ausgestaltung von § 95 Abs. 1 und § 95 Abs. 2 BetrVG ergeben. Aus § 95 Abs. 2 BetrVG ergibt sich, dass zum Inhalt der Auswahlrichtlinien die **fachlichen und persönlichen Voraussetzungen wie soziale Gesichtspunkte** gehören, die für die Auswahl bei Einstellungen entscheidend sein sollen⁷². Nur für Richtlinien, die der **Betriebsrat nach § 95 Abs. 2 BetrVG erzwingen kann**, gilt diese Konkretisierung. Soweit im Betrieb nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind, hat der Betriebsrat nach § 95 Abs. 1 BetrVG für Auswahlrichtlinien nur ein **Zustimmungsrecht**. Es ist fraglich, ob daraus der Schluss gezogen werden kann, dass einem Betriebsrat, dem nur ein Zustimmungsrecht zusteht, **Rechte jeder Art zu personellen Auswahlrichtlinien** zustehen sollen⁷³. Eine derartige Auffassung verkennt, dass zwischen der Regelung in § 95 Abs. 1 und § 95 Abs. 2 BetrVG ein Zusammenhang besteht. Es handelt sich nicht um eine Verschiedenheit des **Mitbestimmungstatbestandes**, sondern um eine Verschiedenheit des **Mitbestimmungsrechts**⁷⁴. Denn der Betriebsrat hat stets ein **Zustimmungsrecht**. Die Bindung an bestimmte Gesichtspunkte ist der **Zweck dieser Richtlinien** für die Personaleinsatzplanung. Wenn somit § 95 BetrVG dem Betriebsrat ein Initiativrecht in Abs. 2 für die bei der personellen Auswahl zu beachtenden Gesichtspunkte gibt, so wird dadurch der Mitbestimmungstatbestand festgelegt, der auch für das Zustimmungsrecht nach § 95 Abs. 1 BetrVG maßgebend ist⁷⁵. Daraus ist zu schließen, dass für den Betriebsrat bei bestehendem Initiativrecht **keine Begrenzung seines Rechts** auf fachliche und persönliche Voraussetzungen und soziale Gesichtspunkte besteht, sondern er auch **Verfahrensgrundsätze** verlangen kann, die für die

⁶⁶ Vgl. BVerfG 18.12.1985, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG 13.10.1987, NZA 1988, 251

⁶⁷ Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 7; ErfK/Kania, 11. Aufl. (2011), § 35 BetrVG, Rdnr. 3

⁶⁸ Vgl. LAG Niedersachsen 18.10.1984, DB 1985, 2375; Willikonsky, Beteiligungsrechte des BR bei personellen Maßnahmen (2002), Rdnr. 75

⁶⁹ Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95 Rdnr. 12; Jäger/Röder/Heckelmann-Schuster, Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. (2003), Kapitel 23, Rdnr. 44; Besgen, Betriebsverfassungsrecht (2007), § 19 Rdnr. 58

⁷⁰ Jäger/Röder/Heckelmann-Schuster, Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. (2003), Kapitel 23, Rdnr. 44

⁷¹ BAG 10.12.2002, BAGE 104, 187; BAG 26.07.2005, NZA 2005, 1372; Fitting BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 4; Richardi FS Stahlhacke (1995), S. 450; Besgen, Betriebsverfassungsrecht (2007), § 19, Rdnr. 60; GK/Kraft, BetrVG, 9. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 13

⁷² Vgl. BAG 31.05.1983, BAGE 43, 26, 31

⁷³ Vgl. Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 11; GK/Kraft, BetrVG, 9. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 19

⁷⁴ Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 12, s. o. S.

⁷⁵ MünchArbR/Matthes, 3. Aufl. (2009), § 349 Rdnr. 5; Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 12

Festlegung der Auswahlkriterien maßgebend sein sollen, was bei § 95 Abs. 1 BetrVG nicht in Frage zu stellen wäre⁷⁶. Verfahrensgrundsätze sind außerdem eine Stufe unter dem eigentlichen materiell-rechtlichen Inhalt der Norm zu sehen⁷⁷. Der Betriebsrat kann mithin auch **Verfahrensgrundsätze bei der Einstellung** von Leiharbeitnehmern verlangen.

2. Regelungsgrenzen aus § 95 BetrVG selbst

Regelungsgrenzen nach § 95 Abs. 2 BetrVG können sich daraus ergeben, dass sich die Auswahlgesichtspunkte inhaltlich nur auf die Festlegung der **fachlichen, persönlichen Voraussetzungen** und der **sozialen Gesichtspunkte** erstrecken.⁷⁸ Was fachliche und persönliche Voraussetzungen sind, lässt sich noch am einfachsten darstellen. Schwieriger ist dies bei dem Begriff **soziale Gesichtspunkte**.

a) Fachliche Voraussetzungen

Bzgl. der **fachlichen Voraussetzungen** bei Auswahlrichtlinien im Kontext zu einer Arbeitsplatzbeschreibung/Stellenbeschreibung und einem Anforderungsprofil ist zwischen den Betriebspartnern leicht abstimmbare, auf welche typische Berufsbildung, abgelegte Prüfungen, erforderliche Grund- und Spezialkenntnisse, Nachweis von Fertigkeiten, Vorpraxis, betrieblicher Werdegang, Grundqualifikationen wie Facharbeiter- oder Meisterbrief abzustellen ist. Darüber hinaus kann auch im Rahmen eines Punktesystems die jeweilige Note, das Alter des Qualifikationsnachweises und die nachfolgende berufliche Entwicklung zu gewichten sein⁷⁹. Diese aufgeführten Qualifikationsnachweise wird der Betriebsrat in Auswahlrichtlinien verlangen können. Sie sind vom Tatbestandsmerkmal gedeckt.

b) Persönliche Voraussetzungen

Schwieriger wird es bei der Festlegung von **persönlichen Voraussetzungen**. Dazu zählen nach dem Wortsinn u. a. das Alter, das Geschlecht und der Gesundheitszustand, insbesondere die physische und psychische Belastbarkeit eines Menschen. Hier wird man jedoch insgesamt vorsichtig sein müssen, da auch die Betriebspartner angehalten sind, das AGG zu beachten. Das AGG wie auch schon § 75 BetrVG schließen es grundsätzlich aus, solche persönlichen Voraussetzungen zu entscheidungsrelevanten Kriterien zu erheben, wenn nicht ein hinreichender rechtfertigender Grund besteht. Der Handlungsspielraum der Betriebspartner wird also deutlich reduziert.⁸⁰ Des Weiteren kommen zu den persönlichen Voraussetzungen noch die Frage nach der Zuverlässigkeit, Anforderungen aus arbeitsmedizinischer Sicht, evtl. erforderliche Tauglichkeitsuntersuchung, Potentialanalysen, Ergebnis eines Alkohol- oder Drogentests⁸¹, sonstige Tests und allgemein ein sog. Assessment Center Verfahren⁸².

c) Soziale Gesichtspunkte

Schließlich bleibt zu klären, was das Gesetz in § 95 Abs. 2 BetrVG mit dem **Begriff soziale Gesichtspunkte** meint. Bei Auswahlrichtlinien, die betriebsbedingte Kündigungen betreffen, drängt es sich auf, auf die vom Kündigungsschutzgesetz geforderten Sozialdaten eines betroffenen Arbeitnehmers abzustellen⁸³. So können Punktesysteme im Hinblick auf das Alter, die Betriebszugehörigkeit, die Zahl der Unterhaltsverpflichtungen sowie eine mögliche Schwerbehinderung berücksichtigt werden⁸⁴. Anders verhält es sich, wenn **Mitarbeiter neu eingestellt** werden sollen. Hierzu gibt es kein Gesetz, in dem eine „Anleihe“ wie im Fall einer Kündigung gemacht werden kann. Es kommen Gesichtspunkte in Betracht, die über die fachliche und persönliche Eignung für einen Arbeitsplatz hinausgehen. Dies wird deutlich, wenn sich mehrere Bewerber mit gleicher fachlicher und persönlicher Eignung für einen Arbeitsplatz gegenüberstehen, wer also den Vorrang hat. Als soziale Gesichtspunkte sind zu nennen das Alter, der Gesundheitszustand, der Familienstand, die Zahl der

⁷⁶ Vgl. GK/Kraft, BetrVG, 9. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 14, 19; Zöllner, FS G. Müller (1981), 665, 681 f.; Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 13, 26

⁷⁷ Vgl. Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 26

⁷⁸ Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 18

⁷⁹ BAG NZA 1993, 607; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 22; GK/Kraft, BetrVG, 9. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 30; Richardi/Thüsing BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 23

⁸⁰ Vgl. Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 24; Fitting BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 22

⁸¹ Vgl. LAG Baden-Württemberg NZA-RR 2003, 417

⁸² Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 26; ErfK/Kania, 11. Aufl. (2011), § 95 BetrVG, Rdnr. 12

⁸³ Vgl. Richardi/Thüsing 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 37; Fitting 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 26

⁸⁴ Richardi/Thüsing 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 38

unterhaltsberechtigten Kinder und Angehörigen und evtl. Zeiten der Betriebszugehörigkeit, wenn sich neben einem Außenstehenden ein im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer um den Arbeitsplatz bewirbt. Deshalb gehören zu den sozialen Gesichtspunkten auch Merkmale, von denen die persönlichen Voraussetzungen abhängen⁸⁵. Der Unterschied ergibt sich daraus, dass ein und dasselbe Merkmal wie z. B. Alter und Gesundheitszustand sehr wohl bei der persönlichen Eignung für den Arbeitsplatz als auch unter dem Gesichtspunkt der sozialen Auswahl eine Rolle spielen kann⁸⁶. Hier wiederholt sich die Frage, ob der Arbeitgeber durch eine Auswahlrichtlinie gezwungen werden kann, einen Stammarbeitnehmer gegenüber einem externen Bewerber und insbesondere einem Leiharbeitnehmer vorzuziehen. Die **letzte Auswahlentscheidung** muss jedenfalls beim Arbeitgeber verbleiben.

d) Bevorzugung Schwerbehinderter

Ein besonderes Problem könnte sich eben dann ergeben - wie im Beispiel dargestellt -, wenn der Betriebsrat mit Blick auf § 81 SGB IX die Einstellung von schwerbehinderten Bewerbern durchsetzen will. Die Berücksichtigung Behinderter in Auswahlrichtlinien kann vom Wortlaut her unter soziale Gesichtspunkte subsumiert werden. Das BAG hat sich in einer Entscheidung vom 23.06.2010 dafür ausgesprochen, dass dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zusteht, wenn ein Arbeitgeber die in § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX normierte Prüf- und Konsultationspflicht bei der Einstellung von einem Leiharbeitnehmer nicht beachtet⁸⁷. Danach sollte man meinen, dass zur Ergänzung und Modifizierung der Vorschrift Auswahlrichtlinien unter dem Gesichtspunkt sozialer Voraussetzungen nach § 95 BetrVG durchgesetzt werden können. Dies erscheint lediglich auf den ersten Blick so. Die Entscheidung des BAG ist jedoch abzulehnen. Bevor soziale Voraussetzungen in Auswahlrichtlinien auf Gesetze gestützt werden, muss der Adressatenkreis und der Sinn und Zweck dieses Gesetzes hinterfragt werden.

Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob ein frei werdender oder neu geschaffener Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Dazu hat der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen sowie nach § 81 Abs. 1 Satz 6 bis 9 SGB IX die Beteiligungspflicht der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats zu berücksichtigen. Letzterer ist zum Ergebnis nach § 81 Abs. 1 Satz 6 Halbs. 2 SGB IX anzuhören.

Das BAG begründet die Prüfungspflicht des Arbeitgebers mit dem Wortlaut der Vorschrift und dass diese auch keine Einschränkung enthalte. Schließlich spreche der Sinn und Zweck für die in § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX normierte Prüf- und Konsultationspflicht. Deren Befolgung durch den Arbeitgeber soll es noch nicht im Betrieb beschäftigten Schwerbehinderten ermöglichen, sich um freie Arbeitsplätze zu bewerben und dadurch ihre Einstellungschancen zu verbessern. Das sei auch dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, einen freien Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen.⁸⁸

Dem BAG ist darin zuzustimmen, wenn es § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zuerst nach dem Wortlaut der Vorschrift auslegt. Darunter ist die Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch oder, falls ein solcher feststellbar ist, im besonderen Sprachgebrauch des jeweils Redenden, hier in dem **des betreffenden Gesetzes**, zu verstehen.⁸⁹ Der Begriff **Arbeitgeber** ist sehr vielschichtig, im Arbeitsrecht. Im BetrVG hat er bspw. eine Doppelfunktion. Zum einen tritt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG als Arbeitgeber und Vertragspartner gegenüber mit der Verpflichtung, z. B. für die Teilnahme an Betriebsversammlungen das übliche Arbeitsentgelt zu zahlen.⁹⁰ Zum anderen versteht man unter dem Begriff **Arbeitgeber** im Sinne des BetrVG auch seine organschaftliche Stellung, nämlich als Organ in der Betriebsverfassung.⁹¹ Dieses Beispiel zeigt, dass der **Begriff Arbeitgeber** eine mehrfache Bedeutung haben kann.

⁸⁵ Richardi/Thüsing 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 25; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 22; Jäger/Röder/Heckelmann-Schuster, Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. (2003), Kapitel 23 Rdnr. 45

⁸⁶ Richardi/Thüsing 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 25

⁸⁷ BAG, BeckRS 2010, 74034

⁸⁸ BAG 23.06.2010, BeckRS 2010, 74034

⁸⁹ Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. (1991), S. 320

⁹⁰ Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 1, Rdnr. 235, 160

⁹¹ BAG, 05.02.1991, NZA 1191, 639 (641); BAG 12.06.2003, SAE 2004, 124; Beck-OK/ Gussen, § 613a BGB, 20. Edition (2011), Rdnr. 288; Gussen/Dauck, Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen bei Betriebsübergang und Umwandlung, 2. Aufl. (1997), Rdnr. 122, 123 m. w. N.

§ 81 SGB IX ist eine Vorschrift aus dem zweiten Teil dieses Gesetzes. Die §§ 73, 71 SGB IX enthalten eigenständige Regelungen zur Definition und Darstellung der Begriffe Arbeitsplatz und Pflichten der Arbeitgeber. Mithin können diese Vorschriften bei der Auslegung von § 81 SGB IX nicht übergangen werden. Im Gesetz selbst enthaltene Regelungen und Definitionen sind auch bei einer Auslegung nach dem Wortsinn stets zu berücksichtigen.⁹²

So stellt sich die Frage, was unter Arbeitgeber im Sinne des SGB IX in Teil 2 zu verstehen ist. Danach sind Arbeitgeber alle natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts, die **im arbeitsrechtlichen Sinne Arbeitgeber** sind. Das sind solche Arbeitgeber, die **auf Grund Arbeitsvertrages einen Mitarbeiter einstellen** und beschäftigen, die also die Leistung von Arbeit von einem Arbeitnehmer **kraft Arbeitsvertrages** verlangen können.⁹³ Bei der Leiharbeit hingegen ist der Verleiher der Arbeitgeber. Ihn trifft die Beschäftigungspflicht und bei Verletzung derselben die Ausgleichsabgabe nach dem SGB IX⁹⁴. Das bedeutet, dass sich § 81 SGB IX nur an den **Vertragsarbeitgeber** wendet und nicht an jeden x-beliebigen Arbeitgeber, hier den Entleiher. Er ist nicht Adressat dieser Vorschrift, was vom BAG⁹⁵ verkannt wird.

Ebenso wenig gebietet der Sinn und Zweck von § 81 SGB IX keine andere Auslegung. Die Frage, welche Auslegung sachgemäß ist, lässt sich nur beantworten, wenn man die Sache, um deren Regelung es sich bei der auszulegenden Norm handelt, in ihrer Eigenart, ihrer besonderen Struktur im Gesetz in Betracht zieht⁹⁶. Zu beachten ist § 73 Abs. 1 SGB IX.

Nach dieser Vorschrift sind Arbeitsplätze im Sinne des Teils 2 vom SGB IX alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer eingestellt beschäftigt werden. Der Arbeitsplatz im Sinne dieser Regelung ist eine **reine Rechengröße** und daher weder in einen räumlich-gegenständlichen Sinn als Beschäftigungsort noch in einem funktionalen Sinne als Inhalt dessen, was arbeitsvertraglich von einem Beschäftigten verlangt wird, zu verstehen⁹⁷. Die Feststellung der vorhandenen Arbeitsplätze dient dem Sinn und Zweck, den **Umfang der Beschäftigungspflicht** zu ermitteln.⁹⁸ Diese Folge aus § 73 SGB IX wird vom BAG ebenso wenig angesprochen. Unabhängig davon ergibt sich schon aus § 71 SGB IX keine derartige Verpflichtung für den Entleiher-Arbeitgeber. Danach haben private Arbeitgeber - also der Verleiher - mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen im Sinne des § 73 SGB IX auf wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen.

Darüber hinaus gibt es noch ein weiteres Adressatenproblem. Der Entleiher-Arbeitgeber ist frei in der Auswahl, wie er den konkreten Arbeitsplatz besetzen will. Hat der Arbeitgeber sich entschieden, den speziellen Arbeitsplatz ausschließlich mit einem Leiharbeiter zu besetzen, würde die vom Gesetz in § 81 SGB IX initiierte Konsultationspflicht in die falsche Richtung gehen. Selbst wenn die Agentur für Arbeit geeignete schwerbehinderte Arbeitnehmer vorschlagen könnte, wäre die Agentur für Arbeit nicht in der Lage, hieran als Verleiher mitzuwirken. Das ist nicht die Aufgabe der Agentur für Arbeit, da sie nur Arbeitnehmer vermitteln soll.

Da der Entleiher nicht Adressat von § 81 SGB IX ist, kann der Betriebsrat auch nicht unter dem Gesichtspunkt sozialer Voraussetzungen i. S. v. § 95 BetrVG die Einstellung von schwerbehinderten Bewerbern verlangen. Die Vertragsarbeitgeberstellung wird vom BAG verkannt.

Die Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX hat nur den Zweck, Arbeitgeber anzuhalten, schwerbehinderte Menschen einzustellen⁹⁹. Daraus resultiert keine Pflicht zur Einstellung von Schwerbehinderten. Da somit aus den entscheidenden Gesetzen keine Einstellungspflicht abgeleitet werden kann, sondern diese Gesetze nur **Antriebsfunktionen** haben, spricht dies dagegen, dem Betriebsrat über Auswahlrichtlinien weitergehende Kompetenzen einzuräumen.

Denken könnte man im Rahmen einer Auswahlrichtlinie über **Verfahrensgrundsätze** dergestalt, dass der Leiharbeiter verpflichtet wird, beim Verleiher-Arbeitgeber auch (quotenmäßig) schwerbehinderte

⁹² Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. (1991), S. 320

⁹³ ErfK/Rolfs, 11. Aufl. (2011), § 72 SGB IX, Rdnr. 3; BAG 09.09.1982, AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 1; Löw MdR 2008, 1251; ErfK/Preis, 11. Aufl. (2011), § 611 BGB, Rdnr. 183

⁹⁴ BVerwG 13.12.2001, BVerwGE 115, 312 (313 ff)

⁹⁵ BAG 23.06.2010 BeckRS 2010, 74034

⁹⁶ Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. (1991), S. 333

⁹⁷ BSG 06.05.1994, SozR 3-387 § 13 Nr. 2

⁹⁸ BSG 06.05.1994, SozR 3-387 § 13 Nr. 2/ErfK/Rolfs, 11. Aufl. (2011), § 73 SGB IX, Rdnr. 1

⁹⁹ Vgl. BVerfG 26.05.1981, AP Nr. 1 zu § 4 SchwbG

Leiharbeitnehmer anzufordern. Bei einer derartigen Forderung bestehen keine Bedenken, da der Verleiher der Adressat der Regelungen in §§ 81, 71 SGB IX ist. Ihn trifft die Pflicht, 5 Prozent seiner Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten zu besetzen. Unter sozialen Gesichtspunkten bestehen deshalb keine Bedenken, wenn der Betriebsrat in Form von Verfahrensgrundsätzen darauf hinwirken will, dass auch schwerbehinderte Arbeitnehmer des Verleihers im Betrieb des Entleihers zum Einsatz kommen.

3. Weitere Regelungsgrenzen aus § 99 BetrVG

Neben diesen Regelungsgrenzen kommen weitere aus dem BetrVG hinzu. Diese ergeben sich in erster Linie aus § 99 BetrVG. Die §§ 95 und 99 BetrVG sind beides Vorschriften aus dem Bereich der personellen Angelegenheiten 5. Abschnitt BetrVG. Beide Vorschriften enthalten den Begriff **Einstellung**. Deshalb muss auch von derselben Bedeutung dieses Begriffes ausgegangen werden.¹⁰⁰ Nach dem Wortlaut kann unter dem Begriff Einstellung die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses auf Grund Vertrages als auch die Eingliederung in den Betrieb verstanden werden.¹⁰¹ Das BAG vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht¹⁰², dass es nicht auf den Abschluss des Arbeitsvertrages ankomme, sondern dass mit Einstellung nur noch die **tatsächliche Beschäftigung** gemeint ist¹⁰³. Das BAG begründet den Begriff der **Einstellung als Eingliederung in den Betrieb** mit dem aus § 99 BetrVG ablesbaren Normzweck, insbesondere den Schutz der bereits im Betrieb Beschäftigten durch Mitsprache des Betriebsrats bei der personellen Zusammensetzung des Arbeitsverbandes zu gewährleisten¹⁰⁴. Da es mithin nach § 99 Abs. 2 BetrVG für die Ausübung der Zustimmungsverweigerungsrechte lediglich auf die **Eingliederung in den Arbeitsverband** ankommt, kann der Betriebsrat, so ergibt sich aus dem Umkehrschluss¹⁰⁵, vom Arbeitgeber eine bestimmte **Qualität des Beschäftigungsverhältnisses** entweder als Stammarbeiter oder Leiharbeitnehmer **nicht über eine Auswahlrichtlinie** nach § 95 BetrVG verlangen¹⁰⁶. Das bedeutet, dass durch diese Regelungen in § 99 Abs. 2 BetrVG weitere Grenzen für erzwingbare Auswahlrichtlinien gesetzt werden. Eine Richtlinie nach § 95 BetrVG kann somit nicht über die abschließend aufgezählten materiell-rechtlichen Zustimmungsverweigerungsgründe in Form einer Richtlinie nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG vom Betriebsrat erzwungen werden, denn sonst wären die Regelungen in § 99 Abs. 2 BetrVG nicht mehr erschöpfend¹⁰⁷ und durch das Einfallstor in § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG könnten vom Gesetz nicht vorgesehene Zustimmungsverweigerungsgründe beliebig erzwungen werden¹⁰⁸.

4. Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer

Betriebsräte verlangen die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer mit der Stammebelegschaft. Das Gleichstellungsgebot der § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG untersagt grundsätzlich Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere, als Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts, vorsehen. Allerdings kann nach den § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG ein Tarifvertrag unter Berücksichtigung von § 3a AÜG (Lohnuntergrenze) abweichende Regelungen zulassen. Dieses gesetzliche Gebot des Equal Treatment bzw. des Equal Pay beinhaltet die Forderungen der Betriebsräte.

Nicht umsonst jubeln auch die Gewerkschaften seit der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010¹⁰⁹, wonach die Tarifgemeinschaft CGZP keine Spitzenorganisation ist, die im eigenen Namen Tarifverträge „mit schlechterer Bezahlung“ abschließen kann¹¹⁰. Von diesem Gleichbehandlungsgebot nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG bzgl. der gleichen Arbeitsbedingungen und des gleichen Arbeitsentgelts kann zu Lasten der Arbeitnehmer nur durch einen **gültigen Tarifvertrag oder auf Grund vertraglicher Bezugnahme auf einen Tarifvertrag abgewichen werden**, soweit § 3a AÜG beachtet wird. Damit können keine geringeren Entgelte nach den (Nicht-)Tarifverträgen der Tarifgemeinschaft CGZP mehr gezahlt werden. Das provoziert Betriebsräte das Equal-Pay-Gebot mittels Auswahlrichtlinien umzusetzen. Dass ein Betriebsrat damit soziale Gesichtspunkte verfolgt, wird man

¹⁰⁰ Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95 Rdnr. 21

¹⁰¹ Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99 Rdnr. 30; WPK/Preis, 4. Aufl. (2009), § 99, Rdnr. 5

¹⁰² BAG 28.04.1992 NZA 1992, 1141; BAG 13.04.1994, NZA 1994, 1099; vgl. mit weiteren Angaben Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99 Rdnr. 30

¹⁰³ BAG 12.11.2002, NZA 2004, 1289

¹⁰⁴ Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99 Rdnr. 35; Dauner-Lieb NZA 1992, 817; Hessler NZA 1994, 294

¹⁰⁵ Vgl. Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. (1991), S. 390

¹⁰⁶ Vgl. Richardi/Thüsing BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 95, Rdnr. 21; Fitting BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99, Rdnr. 36; vgl. auch BAG 23.01.2008, AP AÜG § 14 Nr. 14; BAG 05.04.2001, NZA 2001, 893; BAG 28.03.2000, NZA 2000, 1294

¹⁰⁷ So schon BAG 22.01.1998, NZA 1998, 699; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99, Rdnr. 29; WPK/Preis, 4. Aufl. (2009), § 99, Rdnr. 38; vgl. Besgen, Betriebsverfassungsrecht (2007), § 19 Rdnr. 63

¹⁰⁸ Vgl. auch Buchner, NZA 1991, 577, 591

¹⁰⁹ BAG 14.12.2010, NZA 2011, 289

¹¹⁰ Vgl. Schlegel, NZA 2011, 380, 381

nicht bestreiten können. Die Frage ist aber, ob sich nicht aus dem BetrVG wie auch aus dem AÜG selbst Regelungsgrenzen für den Betriebsrat ergeben. Gegen eine Regelungsgrenze in einer Auswahlrichtlinie könnte sprechen, dass die Einstellung selbst gegen ein Gesetz verstoßen würde, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG und damit sogar ein Zustimmungsverweigerungsrecht besteht. In Betracht kommt die ungleiche Bezahlung im Sinne von § 9 Nr. 2 AÜG. Primär hat der Leiharbeitnehmer diesen Anspruch auf gleiche Bezahlung aber nur **gegen den Verleiher**, wenn seine Vergütung für die Überlassungszeit unter dieser Lohnhöhe liegt und kein gültiger Leiharbeitsvertrag eingreift, wie sich aus § 10 Abs. 4 AÜG ergibt. Der Betriebsrat kann diese Forderungen nicht über Auswahlrichtlinien in den Umfang seiner Zustimmungsverweigerungsrechte hinein transponieren. Außerdem ist zu beachten, dass derartige Forderungen mit der Einstellung selbst nichts zu tun haben. Denn, wie schon dargestellt¹¹¹, geht es bei der Einstellung lediglich um die tatsächliche Beschäftigung und Eingliederung in den Betrieb und **nicht um den Inhalt des Arbeitsvertrages**, erst recht nicht um den Arbeitsvertrag mit einem Dritten.

5. Interne Stellenausschreibung

Nicht eindeutig ist geklärt, ob ein Betriebsrat eine interne Stellenausschreibung nach § 93 BetrVG zur Stellenbesetzung mit Leiharbeitern verlangen kann. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Einstellung von Arbeitnehmern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden. Hier stehen sich jedoch zwei Extreme gegenüber, nämlich einmal die innerbetriebliche Stellenausschreibung und zum anderen die Einstellung eines externen Leiharbeitnehmers ohne arbeitsvertragliche Bindung zum Entleiher-Arbeitgeber. Damit stellt sich die Grundsatzfrage, ob derartige Stellen für Leiharbeitnehmer überhaupt intern nach § 93 BetrVG ausgeschrieben werden müssen. Wenn dies zu verneinen ist, kann auch ein Betriebsrat keine derartigen Forderungen im Rahmen einer Auswahlrichtlinie durchsetzen.

Das LAG Niedersachsen¹¹² vertritt die Ansicht, dass die Arbeitsplätze dem innerbetrieblichen Stellenmarkt entzogen seien und eine innerbetriebliche Ausschreibung damit reiner Formalismus und somit entbehrlich sei. Wenn der Arbeitgeber Arbeitsplätze nur mit Leiharbeitnehmern besetzen will, läuft schon aus praktischen Gründen eine interne Ausschreibung ins Leere. Denn der Arbeitgeber will gerade keinen schon im Betrieb tätigen Arbeitnehmer für diese Tätigkeiten beschäftigen. Dazu kann er auch nicht gezwungen werden. Anders das LAG Bremen¹¹³. Durch ein zusätzliches Leiharbeitsverhältnis mit einem Verleiher-Arbeitgeber könnten teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter zu weiteren Verdienstmöglichkeiten im gleichen Betrieb gelangen¹¹⁴. Diese Überlegungen des LAG Bremen sind jedoch rein theoretischer Natur. Es ist ausschließlich Sache des Arbeitgebers zu entscheiden, ob er Stellen mit neu einzustellenden Stammarbeitnehmern - unbefristet wie befristet - besetzen will oder mit Leiharbeitnehmern.¹¹⁵ Über die Qualität des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses, auf Grund dessen der Arbeitnehmer seine Leistung erbringt, hat der Betriebsrat keinen Einfluss¹¹⁶. Auch ist unklar, ob der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer überhaupt die Chance hat, bei einem Entleiher, der Vertragspartner des fraglichen Arbeitgebers ist, einen Teilzeitanstellungsvertrag zu erhalten. Ein evtl. dort bestehender Betriebsrat könnte sich möglicherweise auf die Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG zurückziehen und die Einstellung des teilzeitinteressierten Mitarbeiters des Entleiherbetriebes verweigern. Dann besteht nicht mehr die Möglichkeit, zu bestimmten Zeiten über den Verleiher-Arbeitgeber eine quasi aufgestockte Beschäftigung im Entleiherbetrieb zu erhalten. Der Verleiher-Arbeitgeber müsste, sollte er dennoch die Beschäftigung wünschen, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchlaufen. Es könnte auch darüber nachgedacht werden, was nicht vertieft werden soll, ob auf diese Art und Weise Umgehungstatbestände entweder im Hinblick auf das TzBfG oder das AÜG geschaffen werden. Unabhängig davon steht eine fehlende Ausschreibung einer vorläufigen Einstellung nach § 100 BetrVG nicht entgegen, wenn die Einstellung so dringend war, dass eine Ausschreibung vor Besetzung der Stelle ohnehin keinen innerbetrieblichen Erwerber mehr erreicht hätte¹¹⁷. Soweit letztendlich ein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher-Arbeitgeber geschlossen werden sollte, kann dieser immer noch im Rahmen eines vorbehaltenen Direktionsrechts und der übrigen Vertragsgestaltung entscheiden, wo der

¹¹¹ Siehe oben unter IV., 3.

¹¹² LAG Niedersachsen 09.08.2006, Beck RS 2006, 44759

¹¹³ LAG Bremen, 05.11.2009, Beck RS 2010, 72373; ebenso Düwell/Dahl, NZA-RR 2011, 1, 5 ohne Begründung

¹¹⁴ Zustimmend Düwell/Dahl, NZA-RR 2011, 1, 5; im Ergebnis ebenso LAG Hessen 24.04.2007, Beck RS 2007, 47235

¹¹⁵ Vgl. auch BAG 12.11.2002, NZA 2003, 513; Hamann, NZA 2010, 1211, 1212

¹¹⁶ BAG 12.11.2002, NZA 2004, 1289; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 99, Rdnr. 35; Dauner-Lieb NZA 1992, 817; Hessler NZA 1994, 294

¹¹⁷ DKKW/Bachner, Arbeitshilfen, 2. Aufl. (2009), § 99 BetrVG, Rdnr. 200; ErfK/Kania, 11. Aufl. (2011), § 99, Rdnr. 35

Teilzeitarbeitnehmer des Entleiherbetriebes letztendlich beschäftigt wird. Dies muss gerade nicht der Entleiherbetrieb sein. Deshalb verbleibt es dabei, dass die interne Stellenausschreibung für derartige Fallgestaltungen Formalismus ist und nicht zwangsläufig zu einer Aufstockung des **Beschäftigungsverhältnisses im Entleiherbetrieb und mit dem Teilzeitarbeitsvertrags-Arbeitgeber** führen muss. Somit kann ein derartiges Verlangen nicht mit Hilfe der Einigungsstelle im Rahmen einer Auswahlrichtlinie als Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG durchgesetzt werden.

In einer jetzt veröffentlichten Entscheidung des BAG vom 01.02.2011 hat dieses mit einer ganz anders begründeten Entscheidung, gestützt auf den Wortlaut, der Gesetzessystematik und dem Normzweck von § 93 BetrVG entschieden, dass der Betriebsrat die Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen kann, die vom Arbeitgeber **dauerhaft** für die Besetzung mit Leiharbeitnehmern vorgesehen sind¹¹⁸. Das BAG ist der Auffassung, dass der Wortlaut von § 93 BetrVG eindeutig sei. Danach könne der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt. Auch der systematische Zusammenhang zwischen § 93 BetrVG und dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung i. S. v. § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stütze die Wortlautargumentation. Beide Vorschriften knüpfen dessen Handlungsmöglichkeiten an die Besetzung eines „Arbeitsplatzes“. Schließlich ergebe sich auch aus dem Normzweck von § 93 BetrVG nichts anderes. Denn die Vorschrift solle es dem Betriebsrat im Interesse der von ihm vertretenen Belegschaft ermöglichen, durch die Bekanntmachung der freien Beschäftigungsmöglichkeiten den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren. Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollen Gelegenheit erhalten, sich auf die zu besetzenden Arbeitsplätze zu bewerben. Durch eine Entscheidung, einen Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen, sei der Arbeitsplatz auch nicht dem innerbetrieblichen Stellenmarkt entzogen, zumal die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers auch durch andere Gesetze diesbezüglich eingeschränkt sei so z. B. durch § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX.¹¹⁹ Überraschend ist dann jedoch der Hinweis des BAG in seiner Entscheidung, dass offenbleiben kann, ob der Betriebsrat auch nach § 93 BetrVG gleichermaßen die Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen kann, die nur **kurzfristig** mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen oder auf denen es zu einem vom Verleiher veranlassten Austausch von Leiharbeitnehmern kommt.¹²⁰ Mit diesem Hinweis gibt das BAG selbst zu erkennen, dass es das Normzweckverständnis von § 93 BetrVG entweder selbst unterteilt in Gruppen von dauerhafter und kurzfristiger Besetzung einer Stelle bzw. dass es überhaupt den Normzweck der Vorschrift verkennt. Wenn ein Arbeitsplatz besetzt werden soll, geht es typischerweise um eine Dauerstellung im Betrieb. Dauerstellen werden auch üblicherweise gerade nicht mit Leiharbeitnehmern besetzt. Beim Einsatz von Leiharbeitnehmern handelt es sich üblicherweise um ein **flexibles Personalmanagement**, um **kurzfristig** und nur **vorübergehend** Arbeitnehmer - sprich Leiharbeitnehmer - einzusetzen. Bei einer langfristigen Besetzung von Stellen mit Leiharbeitnehmern wird nicht umsonst von „Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ gesprochen.¹²¹ Bei einer kurzfristigen Überbrückung von Tätigkeiten mit Leiharbeitnehmern geht es also gerade nicht um den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt mit langfristiger Stellenbesetzung. Diesem kurzfristigen externen Personaleinsatz durch Leiharbeitnehmer, der vom Sinn und Zweck zur Flexibilisierung des Personalmanagements dienen soll, ist offensichtlich, dass dies mit dem innerbetrieblichen Arbeitsmarkt nichts zu tun hat und dass deshalb eine Ausschreibung von Stellen für Leiharbeitnehmer nicht zu erfolgen hat. Auch ist der Wortlaut von § 93 BetrVG und § 99 Abs. 1 BetrVG nicht gleich. § 93 BetrVG behandelt die Ausschreibung von „Arbeitsplätzen“. § 99 Abs. 1 BetrVG stellt auf die Einstellung - sprich Eingliederung - ab und nicht auf die Besetzung eines Arbeitsplatzes. Es gibt Entscheidungen des BAG, die dem sog. vorauseilendem Gesetzesgehorsam entsprechen (Übergangsmandat nach § 21a BetrVG)¹²². Diesmal hat es diesen Gehorsam sicherlich nicht gegeben.

Dieses Ergebnis wird auch gestützt durch die Vorgaben in Art. 6 Abs. 1 der Leiharbeits-Richtlinie¹²³ wie in § 13a AÜG n. F. Danach soll nur die Möglichkeit einer **Anschlussbeschäftigung im Betrieb des Entleihers** zu Gunsten der **Leiharbeitnehmer** gefördert werden. Lediglich zu diesem Zweck soll der Entleiher verpflichtet sein, für die Leiharbeitnehmer im Hinblick auf eine Anschlussbeschäftigung tätig zu werden. D. h., er soll den **im Betrieb tätigen Leiharbeitnehmern** die Möglichkeit schaffen, sich im Rahmen der internen Stellenausschreibung mit bewerben zu können. Ihnen muss der gleiche Zugang zur internen Stellenausschreibung gewährt werden wie

¹¹⁸ BAG 01.02.2011, NZA 2011, 703

¹¹⁹ BAG 01.02.2011, NZA 2011, 703, 704

¹²⁰ BAG 01.02.2011, NZA 2011, 705

¹²¹ Vgl. Hamann, NZA 2010, 1211 ff.

¹²² BAG 31.05.2000, NZA 2000, 1350, 1354

¹²³ Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit

der Stammebelegschaft. Weitere Forderungen lassen sich aus Art. 6 Abs. 1 der Leiharbeits-Richtlinie wie auch aus § 13a AÜG n. F. nicht ableiten.

6. Betriebsverfassungsrechtliche Forderungen

Schließlich bleibt zu klären, ob der Betriebsrat mit einer Auswahlrichtlinie Forderungen betriebsverfassungsrechtlicher Art verknüpfen kann. Im Wege einer Auswahlrichtlinie ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu verlangen, wenn bei der Verleiherfirma kein Betriebsrat besteht, dürfte wohl den Forderungskatalog sprengen. Seine Zuständigkeit bezieht sich ausschließlich auf den Betrieb und lediglich in Ausnahmefällen besteht, wie vom Gesetz vorgesehen nach § 21a BetrVG ein Übergangsmandat. Damit ist seine Tätigkeitsgrenze festgelegt. Er ist nicht berechtigt, das Fehlen von Betriebsräten in anderen Betrieben mit Zustimmungsverweigerungsrechten zu sanktionieren.

Den Arbeitgeber über eine Auswahlrichtlinie zu verpflichten, bei einer Betriebsratswahl zum Stichtag alle im Betrieb arbeitenden Mitarbeiter inkl. der Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, ist ebenso zweifelhaft. Zum einen ist in § 9 BetrVG die Zahl der Betriebsratsmitglieder gesetzlich festgelegt. Seit dem BetriebsVerf-ReformG 2001 sind Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG, nach § 7 Satz 2 BetrVG im Einsatzbetrieb zur Wahl des Betriebsrats berechtigt, wenn sie hier länger als drei Monate eingesetzt werden. Sie gehören aber mangels Arbeitsvertrag mit dem Entleiher gerade nicht zu den **betriebsangehörigen Arbeitnehmern**, so dass sie nach § 9 BetrVG bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nicht zu berücksichtigen sind¹²⁴. Wenn sich dies schon aus dem Gesetz ergibt, kann der Betriebsrat dies erst recht nicht mit einer Auswahlrichtlinie zur Erweiterung seiner Zustimmungsverweigerungsrechte in § 99 BetrVG durchsetzen. Hier ist kein Bezug zu der Frage nach fachlichen und persönlichen Voraussetzungen wie sozialen Gesichtspunkten nach § 95 Abs. 2 BetrVG zu sehen. Gleiches muss bei dem Verlangen gelten, ab einer bestimmten Quote von Leiharbeitnehmern eine zusätzliche Freistellung für den Betriebsrat nach § 38 BetrVG zu gewähren, da wahlberechtigte Leiharbeitnehmer grundsätzlich überall dort nicht zu berücksichtigen sind, wo das BetrVG auf betriebsangehörige Arbeitnehmer abstellt¹²⁵. Festzuhalten ist, dass mit Auswahlrichtlinien eine Erweiterung der betriebsverfassungsrechtlich festgeschriebenen Rechte nicht durchgesetzt werden kann.

V. Einsetzung der Einigungsstelle und Vorabentscheidung

1. Vorgehensweise für Betriebsräte

Wenn der Arbeitgeber es generell ablehnt, mit dem Betriebsrat eine Auswahlrichtlinie abzuschließen, hat der Betriebsrat die Möglichkeit die Einigungsstelle anzurufen. Sollte ein Arbeitgeber sich weigern, weil er die Regelungskompetenz nicht bemängelt, kann der Betriebsrat nach § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG vorgehen. Danach kann ein Antrag auf Bestellung eines Einigungsstellenvorsitzenden und auf Feststellung der Zahl der Beisitzer im Beschlussverfahren gestellt werden. Wegen fehlender Zuständigkeit der Einigungsstelle kann ein Antrag nur zurückgewiesen werden, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar ist, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommt¹²⁶. Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab korrespondiert damit, dass die Einigungsstelle die Vorfrage ihrer Zuständigkeit selbst prüft und sich ggf. für unzuständig erklären kann¹²⁷. Mit einem ganz allgemein gehaltenen Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle für Auswahlrichtlinien und Vortrag, dass der Schwellenwert von mehr als 500 Arbeitnehmern nach § 15 Abs. 2 BetrVG erreicht ist, wird das Arbeitsgericht die Einsetzung beschließen. Dem Arbeitgeber ist zu raten, sich nicht nur mit einer fehlenden Regelungskompetenz auseinander zu setzen, sondern auch mit dem vom Betriebsrat vorgeschlagenen Vorsitzenden. Führt er keinen Vorschlag als Vorsitzenden an, könnte ihm, wie bei Instanzgerichten bekannt geworden ist, unter dem Stichwort **Windhundprinzip**¹²⁸, ein Einigungsstellenvorsitzender vorgesetzt werden, der möglicherweise den **Ideen des Betriebsrats zu einer Auswahlrichtlinie** folgt.

¹²⁴ BAG 16.04.2003, NZA 2003, 1345; BAG 21.10.2003, NZA 2004, 1052; vgl. GK/Kreuz, BetrVG, 9. Aufl. (2010), § 7, Rdnr. 74, 75; WPK/Wlotzke, 4. Aufl. (2009), § 7 BetrVG Rdnr. 30

¹²⁵ WPK/Wlotzke, 4. Aufl. (2009), § 7 BetrVG Rdnr. 31

¹²⁶ Vgl. LAG Hamm 07.07.2003, NZA-RR 2003, 637

¹²⁷ Vgl. BAG 30.01.1990, NZA 1990, 571

¹²⁸ Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 04.06.2010, BeckRS 2010, 72017; LAG Hamm 19.07.2010, 10 TaBV 39/10 n. v.

2. Vorgehensweise für den Arbeitgeber

Es kommt vor, dass zwischen den Parteien streitig ist, ob dem Betriebsrat ein zwingendes Mitbestimmungsrecht in Bezug auf das Thema, zu dem die Errichtung einer Einigungsstelle verlangt wird, überhaupt zusteht. Für das arbeitsgerichtliche Bestellungsverfahren einer Einigungsstelle ist das Problem mit der Arbeitsgerichts-Novelle von 1979 durch § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG gelöst worden. Wegen fehlender Zuständigkeit der Einigungsstelle können die Anträge nur zurückgewiesen werden, wenn die Einigungsstelle **offensichtlich unzuständig** ist. Das Bestellungsverfahren der Einigungsstelle nach § 98 ArbGG hindert damit aber nicht, dass über das Bestehen oder Nichtbestehen der geltend gemachten Rechte in einem normalen Beschlussverfahren auf Antrag des Arbeitgebers vorab entschieden wird.¹²⁹ Ein solches **Vorabentscheidungsverfahren** ist zulässig, gleichgültig, ob es vor, während oder nach dem Bestellungsverfahren anhängig gemacht wird¹³⁰. Anderenfalls müsste er sonst später das Arbeitsgericht anrufen, ohne dass damit die beschlossene Auswahlrichtlinie suspendiert wird¹³¹. Deshalb kann es nur ratsam sein, rechtzeitig mit einem Vorabentscheidungsverfahren einzugreifen, bevor auch nur zeitweilig Fakten geschaffen werden.

VI. Fazit

Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG sind für den Arbeitgeber ein Korsett. Wie eng es geschnürt wird, hängt von seiner Durchsetzung des objektiven Rechts und rechtzeitigen Reaktion ab. Die Möglichkeiten für den Betriebsrat sind nicht grenzenlos.

1. Eine erste Grenze für den Inhalt einer Auswahlrichtlinie ergibt sich aus dem Begriff selbst. Sie ist nur eine Entscheidungshilfe und muss immer einen Ermessensspielraum für den Arbeitgeber belassen.
2. Weitere Grenzen ergeben sich aus den Tatbestandsvoraussetzungen in § 95 Abs. 2 BetrVG. Der Begriff „Soziale Gesichtspunkte“ ist der noch unbestimmteste Begriff. Soweit sich aus dem BetrVG selbst keine Regelungsgrenzen ergeben, müssen die Gesetze, aus denen soziale Gesichtspunkte abgeleitet werden, ausgelegt werden. Insbesondere muss in diesen Gesetzen festgestellt werden, wer Adressat der Regelung ist. Nur dann, wenn der Entleiher in diesem Gesetz Adressat ist, kann daraus ein Verlangen für eine Auswahlrichtlinie gestellt und durchgesetzt werden.
3. § 99 BetrVG enthält selbst Regelungsgrenzen. Unter dem Begriff „Einstellung“ ist lediglich die Eingliederung in den Betrieb gemeint. Ein zugrunde liegendes Schuldverhältnis liegt nicht in der Disposition des Betriebsrats und kann deshalb nicht in Auswahlrichtlinien transponiert werden. Das AÜG enthält auch Regelungsgrenzen für Auswahlrichtlinien. Die Forderungen aus dem AÜG richten sich in erster Linie an den Verleiher. Ansprüche gegen den Verleiher können nicht mit Hilfe einer Auswahlrichtlinie zu Ansprüchen gegen den Entleiher deklariert werden.
4. Eine interne Stellenausschreibung für Leiharbeiterarbeitsplätze kann nicht Regelungsgegenstand einer Auswahlrichtlinie sein. Entsprechend Art. 6 Abs. 1 der Leiharbeits-Richtlinie besteht lediglich Regelungsbedarf für eine Ausschreibung von Anschlussbeschäftigungsmöglichkeiten beim Entleiher.
5. Betriebsverfassungsrechtliche Forderungen gehören nicht zum Forderungskatalog für Auswahlrichtlinien. Das BetrVG zählt den Leiharbeiter nicht zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern. Deshalb können keine zusätzlichen Freistellungen oder eine Erhöhung der Mitglieder des Betriebsrats verlangt werden.
6. Wenn ein Betriebsrat Auswahlrichtlinien mit weit überzogenen Forderungen verlangt, sollte der Arbeitgeber dies in einem Vorabentscheidungsverfahren klären lassen, damit diese Rechtsfragen nicht aufwendig ohne bindendes Ergebnis in der Einigungsstelle erörtert werden müssen.

Die vielfältigen Fragen während der Referate wie auch die Anschlussfragen zeigten das große Interesse der Teilnehmer und bestätigten auch die Aktualität der Themen. Diesmal wurde die gesamte Veranstaltung sogar um 45 Minuten überzogen! Einen besseren Zuspruch kann es sicherlich nicht für eine Veranstaltung geben.

¹²⁹ GMPM/Matthes, 6. Aufl. (2008), § 98 Rdnr. 11

¹³⁰ BAG 27.06.2006, NZA 2007, 106, 107; BAG 01.07.2003, NZA 2004, 620, 621, m. w. N.; Ascheid/Bader/Dörner, GK-ArbGG, Stand 2003, Rdnr. 1975

¹³¹ Hessisches LAG 16.12.2004, Az. 5 TaBVga 153/04 n. v.; Gaul/Bartenbach NZA 1985, 341, 342

Die nächsten Veranstaltungen finden voraussichtlich am **26. Oktober 2012 und 11. Oktober 2013** wiederum in den Räumlichkeiten der IHK zu Bielefeld statt. Die Referenten sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.

Ein ausführlicherer Bericht zur Tagung (mit Praxishinweisen) kann im Internet nachgelesen werden unter: www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsbericht.htm.

Dr. Heinz Gussen