

# BETRIEBSRAT

## NEUES IM ARBEITSRECHT

Nr. 03 / 2012

- ▶ Auch "Außertarifliche" müssen eingruppiert werden  
... BAG stärkt Rechte des Betriebsrats
- ▶ Mitarbeiterbefragung ist mitbestimmungspflichtig  
... wenn sie systematisch erfolgt
- ▶ Arbeitgeber muss draußen bleiben - kein Zugriff auf BR-Laufwerk
- ▶ Social Media und Mitbestimmung  
.... weil "Auftreten" als Arbeitnehmer
- ▶ Kritik bei Facebook rechtfertigt keine Kündigung  
Gericht berücksichtigt "privaten" Bereich

STEEN  
Rechtsanwälte   
Fachanwälte für Arbeitsrecht

Kurze Mühren 1  
(Spitalerhof)  
20095 Hamburg  
Tel.: 040-879 31 04  
Fax: 040-879 31 05

[www.steenrae.de](http://www.steenrae.de)  
kanzlei@steenrae.de



- ▶ **Mo. - Mi., 15. - 17. Oktober 2012**  
**"Konfliktlösung bei Mobbing und Burn Out im Betrieb"** - Der Betriebsrat als Streitschlichter - Möglichkeiten nach BetrVG und AGG  
3-Tages-Seminar im Hotel "25 hours" in der Hafencity Hamburg **mit Besuch St. Pauli-Musical "Heiße Ecke"**

Viel Spaß bei der Fußball EM

[www.seminare.37absatz6.de](http://www.seminare.37absatz6.de)

### ▶ Auch "Außertarifliche" müssen eingruppiert werden

Will der Arbeitgeber neue Mitarbeiter übertariflich oder außertariflich bezahlen ("AT"- bzw. "ÜT"-Mitarbeiter), muss er immer dann gegenüber dem Betriebsrat eine 'Eingruppierung' vornehmen, wenn im Betrieb eine Vergütungsordnung (TV oder BV) gilt. Diesen neuen Rechtssatz hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) schon mit Entscheidung vom 04.05.2011 (Az.: 7 ABR 10/10) aufgestellt und sich damit ausdrücklich von der bisherigen Rechtsprechung gelöst.

**Der (typische) Fall** der zu entscheiden war: Im Betrieb ist der Lohn- und Gehaltstarifvertrag Südbaden der IG Metall anzuwenden. In der obersten Tarifgruppe K 7 ist eine Vergütung von € 5.007,63 (Stand 1.7.2009) zu zahlen. Für Angestellte, mit denen **nicht** die Anwendung des Tarifvertrages vereinbart wurde, nahm der Arbeitgeber keine Eingruppierung vor. Sie erhielten ein individuelles Gehalt, das aber nicht den Wert der höchsten Tarifgruppe überschritt. In dem konkreten Betrieb erhielten 194 von 739 Mitarbeitern einen solchen "außertariflichen" Vertrag. Dem Betriebsrat wurde bei Neueinstellungen lediglich mitgeteilt, die Einstellung erfolge "außertariflich" bzw. es sei eine "tarifnahe Vergütung vereinbart".

Der Betriebsrat verlangte jetzt im Beschlussverfahren, die jeweils neu eingestellten Mitarbeiter ein-

zugruppieren und die Zustimmung des BR zu beantragen. Das BAG gab dem Betriebsrat recht. Wenn im Betrieb eine Vergütungsordnung besteht (hier der Tarifvertrag), müsse eine Eingruppierung vorgenommen werden.

### **Einzelvertrag spielt keine Rolle**

Darauf, ob der jeweilige Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied sei oder der Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug genommen würde, komme es nicht an. Das BAG stellt auch ausdrücklich - **formal** - fest, die Eingruppierung vorzunehmen, sei ein Anspruch des Betriebsrates. Welche Auswirkungen dies auf die konkrete Bezahlung der Beschäftigten hat, sei hierfür nicht von Belang. Für den BR gehe es um die 'Mitbeurteilung' der Zuordnung der Tätigkeit, also um Transparenz und innerbetriebliche Lohngerechtigkeit. Die individuellen Vergütungsansprüche seien davon zu trennen.

## ► Mitarbeiterbefragung ist mitbestimmungspflichtig

Wenn Mitarbeiter befragt werden sollen, etwa zu den Gründen krankheitsbedingter Fehlzeiten, steht der Betriebsrat auf dem Plan. Natürlich soll verhindert werden, dass hier ein 'Ausforschen' der persönlichen Situation erfolgt.

*In einem Fall*, der vor dem Verwaltungsgericht Dresden verhandelt wurde, hatte der Arbeitgeber einen Fragebogen zu krankheitsbedingten Ausfallzeiten entwickelt, und den etwa 340 Beschäftigten eines Abfallentsorgungs- und Stadtreinigungsbetriebes der Stadt Chemnitz mit der Gehaltsabrechnung übersandt. Gleichzeitig wurde erklärt, für alle Mitarbeiter, die mehr als 10 Krankheitstage aufweisen, sei in Zukunft ein Krankenrückkehrgespräch verbindlich. Die zuständige Interessenvertretung (der Personalrat) hatte dazu bereits Erörterungsbedarf angemeldet, weil ein Mitbestimmungsrecht nach § 80 Abs. 3 des Sächsischen Personalvertretungsgesetzes besteht. Der Arbeitgeber lehnte die Mitbestimmung ab, so dass es zum Verfahren auf Einstweilige Anordnung vor dem Verwaltungsgericht kam (Beschluss v. 31.03.2010 9 L 118/10).

### **gilt auch für das BetrVG**

Das Gericht stellte zunächst fest, dass ein zwingendes Mitbestimmungsrecht besteht bei "Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen" (*Hinweis*: eine solche Regelung enthält auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Da sich diese Mitbestimmung auch auf Einzelregelungen bezieht, erkannte das Gericht, "Befragungen von Mitarbeitern mittels Fragebögen oder in persönlichen Gespräche zu den möglicherweise betriebsbedingten Ursachen ihrer Erkrankungen", würde genauso dazu zählen.

### **Systematische Befragung führt zu Mitbestimmung**

Eine solche "systematische Befragung von Arbeitnehmer zur Ermittlung typischer Krankheitsursachen" unterliegt deshalb der Mitbestimmung. Auch das Landesarbeitsgericht Hessen hatte in einer Entscheidung vom 29.08.2002 - 5 TaBV 91/02 - genauso entschieden.

► **Mo. - Mi., 15. - 17. Oktober 2012** (Achtung: neuer Termin)

### **"Konfliktlösung bei Mobbing und Burn Out im Betrieb"**

- Der Betriebsrat als Streitschlichter - Möglichkeiten nach BetrVG und AGG  
3-Tages-Seminar im Hotel "25 hours" in der HafenCity Hamburg  
mit **Besuch St. Pauli-Musical "Heiße Ecke"**



## ► Arbeitgeber muss draußen bleiben - kein Zugriff auf BR-Laufwerk

Darf der Arbeitgeber verlangen, in Dateien des Betriebsrates Einsicht zu nehmen, oder muss er "draußen bleiben". Mit dieser Frage hatte sich das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zu befassen, weil der Arbeitgeber deshalb auf die Protokolldateien des Betriebsrates zugreifen wollte, weil er ei-

nen Arbeitszeitbetrug vermutete.

*Der Hintergrund:* Auf dem Betriebslaufwerk des EDV-Systems befindet sich unter dem Briefkopf des Betriebsrates eine Stellungnahme zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung. Der Arbeitgeber nunmehr verdächtigte ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied, diese Stellungnahme (wohl nicht die offizielle Antwort auf die Kündigungs-Anhörung) während der Arbeitszeit verfasst zu haben. Der **Arbeitgeber verlangte** deshalb im Gerichtsverfahren, die **vollständige Dokumentenhistorie** der achtseitigen Stellungnahme zurückzuverfolgen, was der Betriebsrat zuvor (natürlich) abgelehnt hatte. Der Betriebsrat andererseits stellte in dem Verfahren den Antrag, vom Arbeitgeber die Protokolldateien für Zugriffe auf den Betriebsratsserver an bestimmten Tagen verschafft zu bekommen. Beide Anträge lehnte zuerst das Arbeitsgericht, später auch das Landesarbeitsgericht ab

In der Begründung des LAG heißt es, "der **Betriebsrat verwaltet** seine Dateien genauso wie seine sonstigen schriftlichen Unterlagen **eigenverantwortlich**, weil die Betriebsverfassung durch eine autonom ausgestaltete Interessenwahrnehmung geprägt ist. Auf die Eigentumsverhältnisse an den Datenlaufwerken kommt es insoweit nicht an." Zugleich wurde der Betriebsratsantrag abgelehnt, weil kein Rechtsschutzinteresse vorliegt, eine 'undichte Stelle' (von der der Betriebsrat auch wusste) finden zu wollen, die in eigener Verantwortung zu schließen ist.

(Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. März 2012 – 4 TaBV 87/11 und 11/12).

## ► Social Media und Mitbestimmung

Soziale Netzwerke (Social Media, Web 2.0) spielen im täglichen Leben weiter Bevölkerungskreise eine immer stärkere Rolle. **Facebook, XING, Twitter und Blogs** werden von Jugendlichen wie Rentner genutzt. Auch Unternehmen haben diese Kommunikationsform als Plattform für Marketing- und Vertriebsaktivitäten entdeckt oder nutzen sie beim Recruiting von Personal (80 Prozent der Firmen in den USA nutzen LinkedIn als primäre Ressource, um Mitarbeiter zu rekrutieren). Mitbestimmungsfragen sind in diesem Zusammenhang nur selten erörtert worden. Teilweise verlangen die Unternehmen, etwa bei dem Hinweis auf den eigenen Arbeitgeber (im 'Facebook'-Profil unter "Arbeitgeber") deutlich zu machen, dass in den Chats nur die Privatmeinung, nicht die Meinung des Arbeitgebers wieder gegeben wird. Auch kursieren bereits erste 'Handlungsanleitungen', wie - aus Arbeitgebersicht - die Nutzung durch die Beschäftigten geregelt werden soll ('**Social Media Policy**' laut Manpower-Umfrage bereits weltweit in 20 % der Unternehmen). Aus den USA ist der Fall eines Spielers der National Football League bekannt geworden, der zu einer Geldbuße von \$ 25.000 verurteilt wurde, weil er - unter Verstoß gegen vorgegebene Richtlinien - vor Ablauf von 90 Minuten nach Spielende Kommentare über das Spiel getwittert hatte.

### **Kündigung wegen Facebook-Chat**

Virgin Atlantic kündigte 13 Mitarbeitern, die sich auf einer Facebook-Plattform über die Passagiere als "chavs" (Proleten) äußerten. Natürlich kann - mitbestimmungsfrei - vorgegeben werden, wer sich etwa in Blogs etc. offiziell als 'Unternehmenssprecher' äußern darf. **Mitbestimmungspflichtig** sind dagegen alle Anordnungen, die sich im Sinne einer Verhaltensregel (nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) auf das "**Auftreten als Arbeitnehmer**" beziehen. Dies ist unabhängig davon, ob der entsprechende (Blog- oder Chat-)Beitrag im 'Privatbereich', also mit entsprechend eingeschränktem Zugang, erfolgt oder in typischen beruflich genutzten Netzwerken, wie XING oder LinkedIn. Wie weit dann der Betriebsrat tatsächlich regelnd eingreift, ist eine andere Frage. Mehr als (unverbindliche) Hinweise auf einen möglichst höflichen Umgangston und nicht beleidigende Darstellung des Jobs, der Vorgesetzten oder des Arbeitgebers insgesamt dürften nicht zu verlangen sein. Ohnehin greifen entsprechende 'Anleitungen' in das Recht auf freie Meinungsäußerung ein. Und dieses Recht gilt, egal ob mündlich oder schriftlich geäußert.

## ► Kritik bei Facebook rechtfertigt keine Kündigung

Bei der Frage, ob ein Arbeitnehmer wegen **negativer Äußerungen über einen Kunden** seines Arbeitgebers auf Facebook gekündigt werden darf, ist unter anderem zu berücksichtigen, ob die Äußerung im «öffentlichen» oder über den so genannten «privaten» Bereich bei Facebook nur im Freundeskreis erfolgt ist. Dies hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in München mit Beschluss vom 29.02.2012 (Az.: 12 C 12.264, unanfechtbar) entschieden.

In dem Verfahren ging es um Prozesskostenhilfe für eine Schwangere, der nach einem Facebook-Post gekündigt worden war. Die Klägerin arbeitete bei einem Sicherheitsdienst. Sie war von ihrem Arbeitgeber bei einer Firma eingesetzt worden, über die sie auf ihrem privaten Facebook-Account eine sehr negative Äußerung eingestellt hatte. Die Regierung von Mittelfranken erklärte daraufhin die außerordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses nach dem Mutterschutzgesetz für ausnahmsweise zulässig. Die Klägerin habe so schwerwiegend **gegen die Treuepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber und die Betriebsdisziplin verstoßen**, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar erscheine. Das Vertrauensverhältnis sei durch das Verhalten der Klägerin nachhaltig zerstört. Auch eine Weiterbeschäftigung bei einem anderem Kunden sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar.

Die Klägerin begehrt Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen den Bescheid der Regierung von Mittelfranken. Der Antrag war in zweiter Instanz erfolgreich. Der Klägerin stehe Prozesskostenhilfe zu, so der VGH München. Die Klage gegen die Zulassung der Kündigung habe hinreichende Erfolgsaussicht. Eine Kündigung während der Schwangerschaft sei nur ausnahmsweise zulässig, nämlich bei besonders schweren Verstößen der Schwangeren gegen arbeitsvertragliche Pflichten, die dazu führten, dass dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses schlechthin unzumutbar werde.

#### **Schmähkritik nur auf 'privaten' Seiten**

Diese Voraussetzungen seien hier mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt, weil es sich bei den Äußerungen der Klägerin unter Berücksichtigung von Anlass (private Vertragsbeziehung der Klägerin mit dem Kunden, einem Telefonanbieter) und Kontext der Äußerung (privater Facebook-Account der Klägerin) **nicht um eine Schmähkritik im Sinne der Rechtsprechung** des Bundesverfassungsgerichts gehandelt habe. Vielmehr sei die Äußerung wohl noch vom Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt gewesen. Was den Kontext der Äußerung angehe, sei auch zu unterscheiden, ob diese über den «öffentlichen» oder über den sogenannten «privaten» Bereich bei Facebook nur im Freundeskreis erfolgt sei. (veröffentlicht bei beck-online)

#### NewsLetter

**Dieser NewsLetter BETRIEBSRAT erscheint regelmäßig und wird per E-Mail kostenlos an alle Interessenten versandt, die sich angemeldet haben.** Wir berichten darin über aktuelle Änderungen im Arbeitsrecht und Urteile der Arbeitsgerichte, die für die BR-Arbeit wichtig sein können. Sie können sich für den NewsLetter anmelden auf unserer Internetseite [www.steenrae.de](http://www.steenrae.de) oder per E-Mail unter [kanzlei@steenrae.de](mailto:kanzlei@steenrae.de).

- ▶ unter [www.seminare37absatz6.de](http://www.seminare37absatz6.de) ist die Übersicht unserer gesamten Seminar-Aktivitäten