



BGHP Betriebsrats-Update: Info für Arbeitnehmer*innenrechte (7/2020)

Durchsetzung der Mitbestimmung bei Kurzarbeit auch in Corona-Zeiten

Ein Beitrag von Rechtsanwalt Uwe Nawrot
Fachanwalt für Arbeitsrecht





Durchsetzung der Mitbestimmung bei Kurzarbeit auch in Corona-Zeiten – Ein Praxisbeispiel

1. Ausgangslage

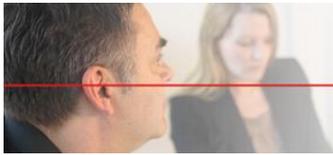
Viele Betriebsräte im Einzelhandel – deren Betriebe nicht der Lebensmittel- oder Baumarktbranche angehörten – stehen in Corona-Zeiten vor schwierigen Entscheidungen. Einerseits gilt es, Arbeitsplätze in dieser für den Einzelhandel existentiellen Krise zu sichern. Andererseits muss verhindert werden, dass Beschäftigte, die im Rahmen der behördlichen Lockerungen an ihren Arbeitsplatz zurückkehren, vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen ausgesetzt sind. Beide Aufgaben berühren Kernbereiche der Betriebsratsarbeit. Dass und wie diese Ziele auch in harten Auseinandersetzungen mit den Arbeitgebern durchgesetzt werden können, zeigt folgendes Beispiel, bei dem ich als Rechtswalt an der Seite des Betriebsrates mitgewirkt habe.

2. Der Fall

Vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie hatte der Berliner Senat mit Verordnung vom 18. März 2020 zunächst die weitgehende Schließung von Einzelhandelsgeschäften zur Vermeidung weiterer Ansteckungen verfügt. Ein bekanntes schwedisches Textilunternehmen mit über 400 Filialen in Deutschland und über 20 Filialen in Berlin schloss daraufhin mit den Betriebsräten eine für alle Filialen fast gleichlautende Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit ab Ende März 2020 ab.

Danach war für fast alle Beschäftigten eine Kurzarbeit Null vom 18. März bis 31. Mai 2020 festgelegt. Für Führungskräfte und Kassenverantwortliche war Kurzarbeit bis auf 20 % der Regelarbeitszeit geregelt. Für die Arbeitseinteilung während der Kurzarbeit im Rahmen der wöchentlichen Personaleinsatzplanung galt weiter die Mitbestimmung des Betriebsrates. Die vollständige vorzeitige Rückkehr zur Normalarbeitszeit sollte danach ohne Zustimmung des Betriebsrates, die vorzeitige Änderung der Kurzarbeit – z.B. Heraufsetzung der Normalarbeitszeit unterhalb von 100 % – jedoch nur mit Zustimmung des Betriebsrates möglich sein.

Nach dem der Berliner Senat mit Verordnung vom 21. April 2020 Auflagen teilweise gelockert und die Öffnung von Einzelhandelsgeschäften mit Einschränkungen wieder zugelassen hatte, öffnete die Arbeitgeberin in Berlin bereits am Folgetag ihre Geschäfte.



Auch die Neuköllner Filiale wurde mit eingeschränkter Fläche aber mit uneingeschränkten Öffnungszeiten wiedereröffnet und Mitarbeiter*innen aus der Kurzarbeit teilweise zurückgeholt. Die Zustimmung des Betriebsrates holte die Arbeitgeberin zuvor nicht ein.

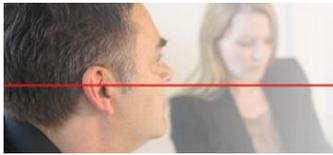
Der Betriebsrat stimmte der teilweisen Wiederaufnahme der Tätigkeit nicht zu. Stattdessen verlangte er von der Arbeitgeberin, dass vor Wiedereröffnung zuerst einvernehmlich eine Änderung der Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit und eine Betriebsvereinbarung zum Schutz vor den mit der Wiederaufnahme der Arbeit verbundenen Infektionsgefährdungen abgeschlossen werden müsse. Außerdem dürfe die Arbeitgeberin die Personaleinsatzplanung nicht einseitig abändern und umsetzen.

Der Betriebsrat hatte bei der Wiederaufnahme der Arbeit insbesondere Bedenken wegen der mangelhaften Gewährleistung des Arbeitsschutzes. Er rügte gegenüber der Arbeitgeberin eine Reihe von konkreten Gesundheitsgefährdungen für die Beschäftigten, z.B. fehlende Plexiglasabtrennungen an den Kassen, unzureichende Desinfektionsspender, mangelnde Hinweise an die Kunden zur Befolgung der Schutzmaßnahmen, mangelhafter Schutz der Kassierer*innen bei der Bezahlung, mangelnde Desinfektion und Abstandswahrung an den Anproben, Einsatz von zu wenig und ungeschulten Sicherheitskräften zur Durchsetzung der Abstandsregeln, unzureichender Schutz von Risikogruppen und allgemein die nur mangelhafte konkrete Umsetzung der behördlichen Vorgaben zum Schutz vor dem SARS-CoV-2 Virus.

Der Betriebsrat forderte die Arbeitgeberin auf, von der Wiedereröffnung zunächst bis zum Abschluss der Verhandlungen und Umsetzung der Maßnahmen Abstand zu nehmen. Hierauf ging die Arbeitgeberin nicht ein. Daraufhin beantragte der Betriebsrat beim Arbeitsgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der er die Nichtbeschäftigung der Arbeitnehmer*innen ohne vorherigen Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens und ohne vorherigen einvernehmlichen Abschluss der Betriebsvereinbarungen zur Änderung der Kurzarbeit und zur Festlegung von akuten Arbeitsschutzmaßnahmen weiter verfolgte.

3. Die Rechtslage

Die Arbeitgeberin verletzte mit ihrem Vorgehen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. Der Betriebsrat hat bei der Einführung und Änderung von Kurzarbeit und bei der Erstellung einer Personaleinsatzplanung, deren Durchführung und Änderung mitzubestimmen nach [§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG](#).



Bei der Beurteilung von Gefährdungen für die Gesundheit der Arbeitnehmer*innen und dem Festlegen von Abhilfemaßnahmen hat der Betriebsrat nach [§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG](#) i.V.m. [§§ 3 Abs. 1, 5 ArbSchG](#), [3 ArbStättV](#) mitzubestimmen. Einer vorherigen Gefährdungsbeurteilung bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Gefährdung offenkundig ist. Letzteres war bei der Gefährdung durch das SARS-CoV-2 Virus auf der Grundlage der Einschätzungen des Robert-Koch-Instituts und der Behörden der Fall. Der Betriebsrat durfte daher auch ohne vorherige Gefährdungsbeurteilung sofortige Abhilfemaßnahmen zur Sicherung des Gesundheitsschutzes im Wege der Mitbestimmung verlangen.

Sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach [§ 87 BetrVG](#) betroffen, darf die Arbeitgeberin in keinem Fall einseitig ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates handeln. Dies gilt jedenfalls seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 03.05.1994, 1 ABR 24/93. Darin hat das Gericht dem Betriebsrat einen sogenannten allgemeinen Unterlassungsanspruch – unabhängig von den speziellen und hohen Voraussetzungen des [§ 23 Abs. 3 BetrVG](#) – in allen Fällen der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte nach [§ 87 BetrVG](#) zuerkannt. Es hat Ausnahmen hiervon auch für Eilfälle nicht vorgesehen und hierzu ausgeführt:

„§ 87 BetrVG regelt die erzwingbare Mitbestimmung. Maßnahmen in diesem Bereich soll der Arbeitgeber nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nur mit Zustimmung des Betriebsrats durchführen können. Verstößt er hiergegen, entsteht eine betriebsverfassungswidrige Lage. Daß der Gesetzgeber diese auch nur zeitweise dulden und einen Unterlassungsanspruch ausschließen wollte, ist nicht ersichtlich.“

Seither ist allgemein anerkannt, dass der Betriebsrat Verletzungen seiner Mitbestimmungsrechte nicht – auch nicht in Eilfällen oder nur vorübergehend – hinnehmen muss. Damit kann der Betriebsrat gerichtlich seine Rechte auch im Wege der einstweiligen Verfügung bereits dann durchsetzen, wenn eine Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte bereits eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht. Er ist gerade nicht gehalten, einer Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte zunächst tatenlos zuzusehen, um erst danach dagegen gerichtlich vorgehen zu können.



Neben dem bei der einstweiligen Verfügung erforderlichen Verfügungsanspruch – dieser ist bei einer Verletzung des Mitbestimmungsrechtes gegeben – liegt damit regelmäßig auch der weiter erforderliche Verfügungsgrund – d.h. eine besondere Eilbedürftigkeit für das „Nichtabwarten können“ auf eine Entscheidung in der Hauptsache – vor. Letzteres ist nach Auffassung der ständigen Rechtsprechung der Instanzgerichte jedenfalls zu bejahen, wenn die Rechtsdurchsetzung für den Betriebsrat auf anderem Wege unmöglich wird und die Mitbestimmungsrechte unwiederbringlich verletzt würden.

4. Warum der Betriebsrat zunächst vor dem Arbeitsgericht unterlag

Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall gegeben. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates waren verletzt und eine Rechtsdurchsetzung auf anderem Wege war nicht mehr rechtzeitig zu erlangen. Folgerichtig hatten Betriebsräte aus mehreren Filialen bundesweit mit ihren einstweiligen Verfügungen vor den verschiedenen Arbeitsgerichten – auch in Berlin – überwiegend Erfolg. Sie zwangen das Unternehmen damit, mit den Betriebsräten zunächst zu verhandeln und von weiteren einseitigen Schritten abzusehen.

Anders entschied jedoch zunächst die 56. Kammer des Berliner Arbeitsgerichtes im Fall des Neuköllner Betriebsrates. Das Gericht lehnte die Anträge des Betriebsrates ab. Es begründete dies damit, dass es dem Betriebsrat an einem Verfügungsgrund, also der Dringlichkeit, fehle. Nach Auffassung des Gerichtes ging es „nur“ um die Verletzung von Betriebsratsrechten. Allein diese seien nicht dringlich genug, um darauf eine vollständige, faktische Schließung der Filiale zu stützen. Vielmehr müssten zur Rechtfertigung der besonderen Eilbedürftigkeit erhebliche Rechtsverletzungen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer*innen hinzukommen. Solche seien nicht zu erkennen. Das Gericht konnte sich hierbei auf gewichtige Mindermeinungen in der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur berufen.

5. Betriebsrat setzt sich in zweiter Instanz durch!

Die vom Betriebsrat hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte jedoch Erfolg.

Die 9. Kammer des Gerichtes lehnte die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichtes ausdrücklich ab. Insbesondere lehnte sie die Auffassung der Arbeitgeberin ab, wonach dem Betriebsrat überhaupt kein Mitbestimmungsrecht zustehe, weil aus Arbeitgebersicht durch die Corona-Pandemie ein Notfall eingetreten sei.



Das Gericht folgte stattdessen den Argumenten des Betriebsrates, dass jedenfalls die vorzeitige teilweise Rückkehr aus der Kurzarbeit entgegen der bestehenden Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit und die einseitig vorgenommene Personaleinsatzplanung die Rechte des Betriebsrates verletzen und eine einstweilige Verfügung rechtfertigen.

Unter dem Eindruck dieser von der Kammer geäußerten Rechtsauffassung schlossen die Betriebsparteien dann am 20. Mai 2020 – 11 Tage vor dem Auslaufen der Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit – einen gerichtlichen Vergleich, wonach der Betriebsrat den Zustand noch die wenigen Tage bis zum Auslauf der BV Kurzarbeit duldet und für die Zeit danach eine Änderung der Kurzarbeit und ein Personaleinsatz nur noch mit vorheriger Zustimmung des Betriebsrates erfolgt. Für den Fall der Nichteinigung über die Regelungen zur Kurzarbeit, zu den Arbeitsschutzmaßnahmen und zur Personaleinsatzplanung für die Zeit ab 1. Juni 2020 wurde im Vergleich zugleich eine konkrete Einigungsstellenbesetzung festgelegt.

Hintergrund dieses Zugeständnisses des Betriebsrates war, dass die Arbeitgeberin zwischenzeitlich beabsichtigte, die Kurzarbeit um mindestens weitere zwei Monate zu geänderten Bedingungen zu verlängern.

6. Ergebnis und praktische Auswirkungen

Für den Betriebsrat war der geschlossene Vergleich ein Erfolg:

- Der Betriebsrat hatte von vornherein die Absicht, den wirtschaftlichen Schaden für die Arbeitgeberin in Grenzen zu halten. Durch den Vergleich wurde die kurzzeitige Filialschließung vermieden. Gleichzeitig hatte der Betriebsrat mit der Untersagung der Missachtung seiner Mitbestimmungsrechte für die Zukunft sein Ziel erreicht, die Arbeitgeberin dazu anzuhalten, künftig keine einseitigen Regelungen mehr zu treffen. Zugleich wurde durch die gerichtliche Einsetzung einer Einigungsstelle für den Fall der nicht rechtzeitigen Einigung ein möglicher zeitaufwändiger Folgerechtsstreit über die Einigungsstelleneinsetzung vermieden. Ein einseitiges Vorgehen der Arbeitgeberin ohne Einhaltung des Mitbestimmungsverfahrens war damit für die Zukunft auch tatsächlich ausgeschlossen.



- Der Betriebsrat hatte zwischenzeitlich die Dauer des Verfahrens genutzt und selbst praktische Vorschläge entwickelt, wie Corona-Schutzmaßnahmen in der Filiale konkret umgesetzt und die gerügten Mängel beseitigt werden können. Im anschließenden Einigungsstellenstellenverfahren konnte der Betriebsrat dann viele seiner Vorschläge in zweitägigen Verhandlungen mit dem Abschluss einer geänderten Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit und einer Betriebsvereinbarung zu Corona-bedingten Arbeitsschutzmaßnahmen durchsetzen.

7. Fazit und Ausblick

Das Beispiel zeigt:

- Betriebsräte können sich auch in Corona-Zeiten bei der Durchsetzung ihrer Mitbestimmungsrechte im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen! Die Corona-Pandemie und die damit verbundenen behördlichen Verordnungen und Vorgaben haben am Bestehen der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nichts geändert.
- Gleichwohl zeigt das Verfahren auch, dass Betriebsräte bei der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte neben Entschlossenheit auch manchmal einen langen Atem benötigen. Trotz der gestärkten Rechtsstellung der Betriebsräte seit der BAG-Entscheidung von 1994 ist die Durchsetzung einer einstweiligen Verfügung zur Wahrung der Mitbestimmungsrechte kein Selbstläufer. Vielmehr muss sie von Betriebsräten und ihren Rechtsanwälten immer wieder neu durchgesetzt und erstritten werden. Das besondere Problem bestand hier auch darin, dass die von der Arbeitgeberin im Prozess geltend gemachten drohenden wirtschaftlichen Schäden vor dem Hintergrund der heranziehenden Rezession im Einzelhandel einen realen Hintergrund haben und auch die Richter am Arbeitsgericht nicht unbeeindruckt lassen.
- Dieser Eindruck wird bestätigt durch die Ausführungen der 9. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg zur Mitbestimmung des Betriebsrates bezogen auf Arbeitsschutzmaßnahmen vor Wiederaufnahme der Beschäftigung. In diesem einzigen Punkt folgte die Kammer in der mündlichen Verhandlung dem Betriebsrat nicht in vollem Umfang.



Zwar bejahte das Gericht auch insoweit eine Verletzung der Mitbestimmung des Betriebsrates. Dies allein solle aber keine Untersagung der weiteren Beschäftigung begründen.

- Diese Argumentation ist bereits vor dem Hintergrund der oben zitierten BAG-Rechtsprechung zum allgemeinen Unterlassungsanspruch nicht überzeugend. Danach ist der Arbeitgeberin jedes einseitige Handeln im Anwendungsbereich des [§ 87 BetrVG](#) auch in Eilfällen untersagt – und damit auch in Bezug auf Regelungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz nach [§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG](#). Allein die Tatsache, dass der Betriebsrat hier gegen die bereits eingetretene Verletzung eines eigenen Rechtes vorgeht, das anderenfalls vollständig unterzugehen droht, muss demnach für die Annahme eines Verfügungsgrundes genügen.
- Der Betriebsrat kann nicht die Aufhebung der von der Arbeitgeberin bereits einseitig getroffenen Arbeitsschutzmaßnahmen verlangen. Ein solches Begehren würde gegen die behördlichen Anordnungen zum Schutz der Einzelhandelsbeschäftigten verstoßen und wäre gerichtlich nicht durchsetzbar. Dies will er auch gar nicht, denn dann stünden die Beschäftigten ohne jede Schutzmaßnahmen dar. Daher kann er sein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf Corona-Arbeitsschutzmaßnahmen nur dadurch gerichtlich verfolgen, indem er die weitere Beschäftigung von Arbeitnehmer*innen so lange untersagt, wie die Betriebsparteien keine mitbestimmte Regelung hierüber getroffen haben.
- Wenn also vor Arbeitsantritt der Beschäftigten sich Arbeitgeberin und Betriebsrat nicht über erforderliche Arbeitsschutzmaßnahmen geeinigt haben, darf die Arbeitgeberin auch entsprechende Arbeitseinsätze nicht anweisen. Anderenfalls wird die Mitbestimmung des Betriebsrates ihrem Sinn und Zweck nach – Beschäftigte vor vermeidbaren Gefährdungen am Arbeitsplatz zu schützen – verletzt. Durch den Vergleichsschluss musste das Gericht über diese Rechtsfrage nicht abschließend entscheiden. Sie bleibt damit für die Zukunft noch offen.



8. Lehren für die Betriebsratspraxis

Auch wenn man auf Einhaltung der Mitbestimmung besteht und für deren Durchsetzung auf gerichtliche Schritte angewiesen ist, sollte man nicht allein auf den Ausgang des Gerichtsverfahrens warten. Während der Dauer der gerichtlichen Verfahren – hier für die erste und zweite Instanz ca. vier Wochen – droht der Betriebsrat sonst die Unterstützung der Belegschaft zu verlieren. Parallel sollten Betriebsräte in dieser Ausnahmesituation alle Möglichkeiten der betrieblichen Öffentlichkeitsarbeit und der Erzeugung von Verhandlungsdruck auf die Arbeitgeberseite nutzen.

Zum einem heißt es, die Unterstützung der Belegschaft für das Vorgehen des Betriebsrates zu sichern. Es gilt, den Beschäftigten gegenüber transparent zu machen, warum der Betriebsrat auf seine Mitbestimmung so vehement beharrt. Viele der Kolleg*innen können dies nicht immer nachvollziehen. Sie haben ernste Befürchtungen, dass ihre Filiale schließt, die Arbeitgeberin wirtschaftlichen Schaden erleidet und ihre Arbeitsplätze verloren gehen. Gleichzeitig haben Arbeitnehmer*innen auch berechtigte Sorge davor, dass die Rückkehr zur Arbeit übereilt und ohne ausreichenden Gesundheitsschutz erfolgt. Betriebsräte werden im Sinne der Arbeitnehmer*innen regelmäßig beide Ziele verfolgen. Das Beispiel des am Ende erfolgreichen Kampfes der Neuköllner Betriebsräte zeigt, dass der Betriebsrat beides in den Blick nehmen und auch durchsetzen kann.

Rechtsanwalt Uwe Nawrot
Fachanwalt für Arbeitsrecht

BGHP - Berger Groß Höhmann Partnerschaft von Rechtsanwält*innen mbB

Danziger Straße 56

Telefon: 030-440 330-27

10435 Berlin / Prenzlauer Berg

Telefax: 030-440 330-22

E-Mail: nawrot@bghp.de

www.bghp.de

Die Autoren sind Rechtsanwälte der Berliner Kanzlei BGHP - Berger Groß Höhmann Partnerschaft von Rechtsanwält*innen mbB. Wir vertreten im Arbeitsrecht ausschließlich Betriebsräte, Personalräte und Beschäftigte. Dabei legen wir Wert auf Individualität und den persönlichen, vertrauensvollen Kontakt. Unser Ziel ist es, lösungsorientiert gemeinsam mit unseren Betriebs- und Personalräten Strategien zu erarbeiten, um die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer spürbar zu verbessern oder vor Verschlechterungen zu bewahren.



Wir treten mit unserer Arbeit aktiv für einen sozialen, demokratischen Rechtsstaat ein, in dem Recht nicht nur das Recht des (Finanz-)Stärkeren ist. Unsere handlungsleitenden Grundsätze sind Solidarität, Stärkung von demokratischen (Teilhabe-)Rechten und wirtschaftlicher Mitbestimmung in Unternehmen.

Thomas Berger*	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Johannes Groß M.A.*	Fachanwalt für Sozialrecht
Sebastian Höhmann*	Fachanwalt für Erbrecht
Thomas Ebinger, LL.M.*	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Uwe Nawrot*	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Karin Büchling*	Fachanwältin für Arbeitsrecht
Stefanie Kirschner, LL.M.*	Fachanwältin für Arbeitsrecht
David-S. Schumann,	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Wolf Klimpe-Auerbach	Rechtsanwalt, Richter am Arbeitsgericht a. D.
Martin Fieseler	Rechtsanwalt (Arbeitsrecht)
Priyanthan Thilagaratnam*	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Elisabeta Schidowezki	Fachanwältin für Erbrecht
Christian Lunow	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Nele Kliemt	Rechtsanwältin (Erbrecht)
Dr. Katharina Wandscher*	Fachanwältin für Arbeitsrecht
Benedikt Rüdeshcim, LL.M.	Rechtsanwalt (Arbeitsrecht)
Sirkka Schrader	Rechtsanwältin (Arbeitsrecht)
(*Partner)	

Unsere Beratungsseiten im Internet:

www.betriebsratsberater-berlin.de

www.pflegerechtsberater.de

www.erbrechtsberater-berlin.de