

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a work surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor system and other equipment, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
September 2022**

Inhalt

Aus aktuellem Anlass

Energiesparen im Arbeitsverhältnis

Aus aktuellem Anlass

Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Einführung und Beendigung mobiler Arbeit

Neues aus der Rechtsprechung

Kein Mitbestimmungsrecht bei Raucherpausen

Neues aus der Rechtsprechung

Kein Anspruch des erstmalig nach Betriebsänderung gewählten Betriebsrats auf Abschluss eines Sozialplans

Neues aus der Rechtsprechung

Weit unterdurchschnittlich – Kündigungsmöglichkeiten bei Low Performern

Aus aktuellem Anlass

Energiesparen im Arbeitsverhältnis

Mit der Verordnung des Rates über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage haben die EU-Mitgliedstaaten vereinbart, ihren Gasverbrauch zwischen dem 1. August 2022 und dem 31. März 2023 um 15 % zu reduzieren. Das novellierte Energiesicherungsgesetz beinhaltet den dreistufigen „Notfallplan Gas“, dessen zweite Stufe – die Alarmstufe – das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz am 23. Juni 2022 ausgerufen hat. Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck hat dazu aufgerufen, durch Homeoffice Energie einzusparen. Gründe genug, sich als Arbeitgeber mit verschiedenen Energiesparmaßnahmen auseinanderzusetzen.

Der Arbeitgeber hat im Rahmen seines Direktionsrechts verschiedene Möglichkeiten, seine Arbeitnehmer zum Energiesparen anzuhalten. Denkbar sind etwa Weisungen zum Heizen bzw. Kühlen von Räumen oder zum Wasser- und Stromverbrauch. Dabei müssen die Vorschriften des Arbeitsschutzes eingehalten werden. Außerdem können Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen, etwa wenn es um das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, technische Einrichtungen oder Gesundheitsschutz geht (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6, Nr. 7 BetrVG).

Energiesparpotential besteht etwa bei der Kühlung der Büroräume. Diese dürfen nach den technischen Regeln für Arbeitsstätten (Ziff. 4.2, 4.3 und 4.4 ASR A3.5 Raumtemperatur) bis zu 26 °C warm sein, bei Außentemperaturen von mehr als 26 °C und Verwendung geeigneter Sonnenschutzmaßnahmen sogar noch wärmer.

Die technischen Regeln für Arbeitsstätten (ASR A3.5 Raumtemperatur) sehen jedoch umgekehrt auch Mindestraumtemperaturen vor, die bei der Ausübung des Weisungsrechts zu berücksichtigen sind. In einem Büro, in dem die Mitarbeiter überwiegend sitzend leichte Hand-/Armarbeit erledigen, liegt die Mindestlufttemperatur derzeit bei 20 °C. In Pausen-, Bereitschafts-, Sanitär-, Kantinen- und Erste-Hilfe-Räumen muss während der Nutzungsdauer eine Lufttemperatur von mindestens 21 °C herrschen. In Waschräumen, in denen Duschen installiert sind, soll die Lufttemperatur während der Nutzungsdauer mindestens 24 °C betragen.

Aufgrund der aktuellen Situation regelt die zum 01.09.2022 in Kraft getretene Verordnung zur Sicherung der Energieversorgung über kurzfristig wirksame Maßnahmen, dass Arbeitsräume in öffentlichen Gebäuden, die nicht Wohngebäude sind, für den Zeitraum von September 2022 bis Februar 2023 auf maximal 19 °C für körperlich leichte und überwiegend sitzende Tätigkeit, auf maximal 18 °C für körperlich leichte Tätigkeit überwiegend im Stehen oder Gehen oder mittelschwere und überwiegend sitzende Tätigkeit, auf maximal 16 °C für mittelschwere Tätigkeit überwiegend im Stehen oder Gehen und auf maximal 12 °C für körperlich schwere Tätigkeit geheizt werden dürfen. Diese Regelung gilt aber nur für Arbeitgeber in öffentlicher Hand.

Die einseitige Anordnung von Homeoffice stellt hingegen keine zulässige Energiesparmaßnahme dar. Zwar mag die Nutzung von regelmäßig ohnehin geheizten Privaträumen als Homeoffice die zusätzliche Beheizung von Büroräumen ersetzen und dadurch Energie einsparen. Der Arbeitgeber kann aber auch in der aktuellen Situation nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers anordnen, dass dieser im Homeoffice arbeitet.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst grundsätzlich auch die Bestimmung des Ortes der Arbeitsleistung. Es reicht allerdings nicht so weit, dass Beschäftigte ihre Wohnung gegen ihren Willen als Arbeitsort zur Verfügung stellen müssen (Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018, Az. 17 Sa 562/18). Grund dafür ist die verfassungsrechtlich garantierte Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), die mittelbar auch im Arbeitsverhältnis Geltung beansprucht.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde in der juristischen Literatur zwar zuletzt – unter dem Gesichtspunkt der Reduzierung von Kontakten zur Pandemiebekämpfung – diskutiert, wird allerdings nur bei ganz schwerwiegenden, existenzbedrohenden Nachteilen für den Arbeitgeber einerseits und geeigneten Wohnräumlichkeiten des Arbeitnehmers andererseits in Betracht kommen. Das wird hier regelmäßig nicht der Fall sein.

Im Rahmen der Pandemiebekämpfung hat der Gesetzgeber schließlich eine befristete, verschärfte Homeoffice-Pflicht geregelt, wonach sowohl Arbeitgeber zum Angebot von Homeoffice, als auch Arbeitnehmer zur Annahme dieses Angebots verpflichtet waren, sofern ihrerseits keine Gründe entgegenstanden. Derzeit besteht eine

solche Regelung nicht. Ein Referentenentwurf für eine SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales sieht für den kommenden Herbst und Winter 2022/2023 lediglich eine Pflicht des Arbeitgebers zum Angebot von Homeoffice vor. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber – ggfs. auch mit Blick auf die Energieversorgung – wieder eine (verschärfte) Homeoffice-Pflicht regeln wird.

Den Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien bleibt es jedenfalls unbenommen, einvernehmliche Homeoffice-Vereinbarungen zu treffen. Dabei sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu berücksichtigen (§ 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG).

Sofern die Tätigkeit im Homeoffice auch im Interesse des Arbeitgebers erfolgt und dem Arbeitnehmer kein Büro im Betrieb zur Verfügung steht, können ihm analog § 670 BGB Ersatzansprüche für seine für das Homeoffice erforderlichen Aufwendungen – darunter Heiz-, Strom-, Wasser-, Internet- und Telefonkosten – zustehen. Wählt der Arbeitnehmer selbst in seinem eigenen Interesse das Homeoffice statt in seinem Büro im Betrieb zu arbeiten, bestehen hingegen regelmäßig keine Aufwendungsersatzansprüche (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10).

Sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Betriebsrat einvernehmliche Homeoffice-Vereinbarungen treffen, empfiehlt es sich, insbesondere im Bereich der typischen Nebenkosten eine pauschale Abgeltung der Aufwendungen des Arbeitnehmers zu regeln oder diese Ansprüche vertraglich auszuschließen (BAG, Urteil vom 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02). Eine genaue Abrechnung und Berechnung derjenigen laufenden Kosten, die nicht für die Privatnutzung der Wohnung, sondern für die Tätigkeit im Homeoffice angefallen sind, ist dagegen vor allem bei laufenden Posten – wie z. B. Energiekosten – mit erheblichem Aufwand verbunden. Falls im Rahmen bestehender Vereinbarungen bereits eine Aufwendungspauschale geregelt ist, besteht nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) aufgrund der steigenden Energiepreise auf Verlangen ggfs. Anpassungsbedarf in Bezug auf die Höhe des vereinbarten Betrags.



Aus aktuellem Anlass

Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Einführung und Beendigung mobiler Arbeit

Die mobile Arbeit, insbesondere im Homeoffice, ist durch die COVID19-Pandemie von einem randständigen Phänomen zu einer viele Arbeitsverhältnisse prägenden Tätigkeitsform geworden. Damit rückt auch immer stärker die Frage, welche Beteiligungsrechte der Betriebsrat in Bezug auf mobile Arbeit hat, in den Mittelpunkt des Interesses. Von besonderer Bedeutung ist hier der mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz vom 14. Juni 2021 eingefügte § 87 Nr. 14 BetrVG.

Zuvor war überwiegend vertreten worden, dass mobile Arbeit als solche nicht vom Betriebsrat mitbestimmt sei: Anordnungen des Arbeitgebers in Bezug auf mobile Arbeit betrafen das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Hessisches Landesarbeitsgericht 18.06.2020, Az. 5 TaBVGa 74/20). Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats konnten sich lediglich zu Teilaspekten, etwa hinsichtlich der EDV-Nutzung als technischer Überwachungseinrichtung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben.

Mit dem neuen Mitbestimmungstatbestand ist diese Diskussion obsolet geworden. Allerdings ist der Umfang der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem neuen Beteiligungsrecht zur „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels

Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“ noch wenig geklärt.

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, dass die Frage, ob überhaupt mobile Arbeit ermöglicht wird, vom Mitbestimmungsrecht nicht umfasst ist. Die grundlegende Entscheidung, ob eine Arbeit im Homeoffice eingeführt wird, obliegt weiterhin dem Arbeitgeber, wenn nicht, wie im Rahmen der Corona-Arbeitsschutzverordnung, gesetzliche Regelungen zur mobilen Arbeit (befristet) greifen. Das bedeutet auch, dass der Betriebsrat gegen den Willen des Arbeitgebers die Durchführung mobiler Arbeit nicht einseitig erzwingen kann.

Schwieriger zu beurteilen ist aber bereits die Frage, ob auch die Entscheidung des Arbeitgebers, nur für bestimmte Arbeitnehmergruppen mobile Arbeit zu ermöglichen, mitbestimmungsfrei ist. Hier wird vielfach doch davon ausgegangen, dass auch die Festlegung des begünstigten Personenkreises der Bestimmung durch den Arbeitgeber unterliege, da diese das grundlegende „Ob“ der Einführung mobiler Arbeit betreffe. Ganz so einfach dürfte die Frage jedoch nicht sein: Auch bei Arbeitszeitfragen, etwa der Bestimmung, welche Arbeitnehmer zu Überstunden herangezogen werden oder wie Arbeitnehmer in Schichtsysteme eingeteilt werden, hat der Betriebsrat über die betroffenen Personen mitzubestimmen. Es ist daher gut möglich, dass die Gerichte die Frage, welche Arbeitnehmer an der vom Arbeitgeber grundsätzlich ermöglichten mobilen Arbeit teilnehmen dürfen, der Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterwerfen.

Entsprechendes gilt für die Frage, ob der Arbeitgeber auch den Umfang, in dem mobile Arbeit geleistet werden kann – etwa an drei von fünf Arbeitstagen – mitbestimmungsfrei vorgeben kann oder auch diese Frage vom Betriebsrat mitbestimmt wird. Die Gesetzesbegründung nennt hier als mögliche Anknüpfungspunkte des Mitbestimmungsrechts:

„Regelungen über den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in Bezug auf mobile Arbeit oder über den Ort, von welchem aus mobil gearbeitet werden kann und darf. Es können Regelungen zu konkreten Anwesenheitspflichten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, zur Erreichbarkeit, zum Umgang mit Arbeitsmitteln der mobilen Arbeit und über einzuhaltende Sicherheitsaspekte getroffen werden.“

Aus Sicht des Gesetzgebers soll der zeitliche Umfang mobiler Arbeit daher bereits der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Dagegen, auch den grundsätzlichen Umfang der mobilen Arbeit – und nicht nur dessen Verteilung auf einzelne Arbeitstage – der Mitbestimmung des Betriebsrats zu entziehen, spricht allerdings die Parallele zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Sonderleistungen: hier ist der Arbeitgeber ebenfalls frei darin, den Dotierungsrahmen, also die zur Verfügung gestellte Geldsumme, einseitig vorzugeben; lediglich die Verteilung ist mitbestimmt.

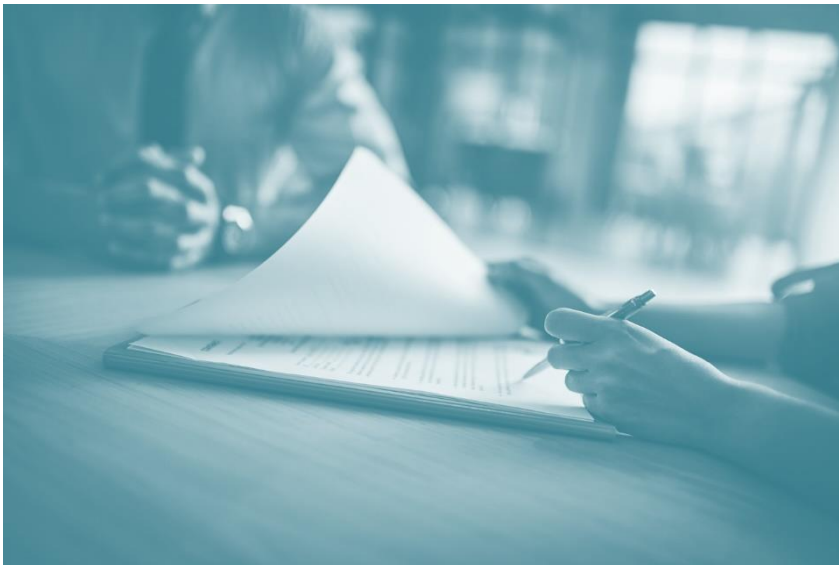
Bei zahlreichen weiteren Themen wird es ebenfalls zu Abgrenzungsproblemen kommen: Das neue Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG unterwirft (systemwidrig) einen Teil des bisher mitbestimmungsfreien Arbeitsverhaltens der Mitbestimmung des Betriebsrats. Der Arbeitgeber war beispielsweise bislang berechtigt, mitbestimmungsfrei Anordnungen über formalisierte Tätigkeitsberichte oder das Führen von Überstundennachweisen zu erlassen. Gilt dies auch noch, wenn es sich um Tätigkeitsberichte für die mobile Arbeit handelt? Hier wird man generelle Anordnungen zum Arbeitsverhalten, die auch, aber nicht nur, bei der mobilen Arbeit gelten, weiterhin der Mitbestimmung des Betriebsrats entziehen müssen; lediglich Arbeitsanweisungen, die ausschließlich die mobile Arbeit betreffen, also beispielsweise spezifische Tätigkeitsberichte für die mobile Arbeit, unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Ein häufiger Streitpunkt in Verhandlungen mit dem Betriebsrat über die Einführung mobiler Arbeit wird auch die Frage einer möglichen Kostenerstattung für Aufwendungen des Arbeitnehmers sein. Gerade angesichts der gestiegenen Energiepreise ist die Frage einer Strom- oder Heizkostenerstattung für viele Arbeitnehmer wirtschaftlich relevant. Für diese Frage besteht jedoch kein Beteiligungsrecht des Betriebsrats. Die Kostenerstattung betrifft nicht die Ausgestaltung der mobilen Arbeit; ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, als Frage der betrieblichen Lohngestaltung, scheidet ebenfalls aus, da ein bloßer Aufwandsersatz kein Lohn ist.

Neben der grundlegenden Frage, wie mobile Arbeit generell ausgestaltet wird, hat der Betriebsrat auch mitzubestimmen bei der konkreten Umsetzung, in dem Mitarbeiter (ganz oder teilweise) im ein Homeoffice versetzt werden oder die mobile Arbeit beendet wird. Streitträchtig wird insoweit weniger die Einführung der den

Arbeitnehmern häufig willkommenen mobilen Arbeit sein als deren Beendigung gegen den Willen des Arbeitnehmers. Das hessische LAG (Urteil vom 14.01.2020, Az. 4 TaBV 4/19) hat die dauerhafte Zuweisung, wenn diese jedenfalls Dauer eines Monats überschreitet, an einen mobilen Arbeitsplatz als Versetzung, die der vorherigen Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bedarf, gewertet. Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 20.10.2021, Az. 7 ABR 34/20) hat auch die Entscheidung des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer, der bislang im Rahmen einer Beschäftigung alternierende Telearbeit einem häuslichen Arbeitsplatz tätig war, wieder ausschließlich in der Betriebsstätte einzusetzen, als beteiligungspflichtige Versetzung im Sinne von § 102 Abs. 1 BetrVG gewertet. Das BAG weist darauf hin, dass eine Versetzung im Sinne von § 95 Abs. 3 BetrVG schon vorliegt, wenn dem einzelnen Arbeitnehmer ein anderer Arbeitsort zugewiesen wird, auch wenn sich die Arbeitsaufgabe nicht geändert hat oder er in eine andere organisatorische Einheit eingegliedert wird.

Das bedeutet, dass, selbst wenn die einschlägigen Rechtsgrundlagen dem Arbeitgeber das Recht geben, eine mobile Tätigkeit auch wieder zu beenden, dieser bei der Umsetzung dieser Entscheidung der Betriebsrat zu beteiligen und eine verweigerte Zustimmung gegebenenfalls gerichtlich ersetzen lassen muss.



Neues aus der Rechtsprechung

Kein Mitbestimmungsrecht bei Raucherpausen

Raucherpausen sind ein häufiger Konfliktherd in Unternehmen. Gerade in Betrieben, die nicht über ein Zeiterfassungssystem verfügen, können die zusätzlichen Pausen der rauchenden Belegschaft zu Unmut bei den übrigen Arbeitnehmern führen. Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hatte nun darüber zu entscheiden, ob der Betriebsrat vor einer Anordnung, ausschließlich in den regulären Pausen zu rauchen, zu beteiligen ist – und hat dies verneint (Beschluss vom 29. März 2022, Az. 5 TaBV 12/21).

Die Arbeitgeberin erbringt Logistikdienstleistungen in einem Seehafen und schlägt insbesondere große Mengen von Holz und Holzprodukten um. Sie hatte das Rauchen daher bereits in der Vergangenheit nur auf den dafür ausgewiesenen Plätzen (sog. Raucherinseln) gestattet. In der vom Betriebsrat angegriffenen „Verhaltensordnung“ hieß es nun:

„Rauchen, auch die Verwendung von E-Zigaretten, ist außerhalb der ausgeschilderten Bereiche ausdrücklich verboten, es gilt ein generelles Rauchverbot. Somit ist das Rauchen ausschließlich auf den gem. Anlage 1 aufgeführten „Raucherinseln“ und ausschließlich in der tariflich vorgeschriebenen Pause gestattet.“

Der Betriebsrat verlangte von der Arbeitgeberin, es zu unterlassen, diese Anweisung anzuwenden, solange keine Zustimmung des Betriebsrats vorliegt. Nach der bisherigen Betriebsordnung sei es grundsätzlich möglich gewesen, während ungeplanter Arbeitsunterbrechungen zu rauchen, ohne dass dies zu zusätzlichen Pausenzeiten geführt habe. Die weitergehende Anweisung, ausschließlich in den tariflich vorgeschriebenen Pausen zu rauchen, bedürfe der Zustimmung des Betriebsrats.

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats verneint. Es bestehe kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Gegenstand dieses Mitbestimmungsrechts sei das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer („Ordnungsverhalten“). Dagegen seien Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren, nicht mitbestimmungspflichtig („Arbeitsverhalten“). Die Anordnung der Arbeitgeberin, dass Rauchen nur in den Pausen, also außerhalb der

Arbeitszeit, gestattet sei, betreffe **ausschließlich das Arbeitsverhalten**. Sie sei ausschließlich auf die **Einhaltung der Arbeitszeit** gerichtet. Rauchen außerhalb der vorgesehenen Pausen stelle eine **Unterbrechung der Arbeitstätigkeit** dar, die die **Arbeitgeberin nicht dulden** müsse. Selbst wenn es vereinzelt wegen eines schwankenden Arbeitsanfalls nicht möglich sei, alle Arbeitnehmer durchgängig zu beschäftigen, berechtige dies die Raucher nicht, ihren Arbeitsplatz zu verlassen und eine Raucherinsel aufzusuchen. Ebenso wenig seien andere Arbeitnehmer berechtigt, während dieser Zeiten privaten Angelegenheiten welcher Art auch immer nachzugehen. Sie müssten sich vielmehr **bereithalten, jederzeit die Arbeit** nach Anweisung der Arbeitgeberin **aufzunehmen**. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Arbeitgeber im Einzelfall eine zusätzliche bezahlte oder unbezahlte Pause gestatte.

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Sie stellt zum einen klar, dass **auch kurze Raucherpausen der Zustimmung des Arbeitgebers** bedürfen, und zwar auch dann, wenn Arbeitnehmer kurzzeitig keine Beschäftigung haben. Arbeitnehmer sind also nicht berechtigt, eigenständig über ihre Arbeitszeit zu verfügen. Die Entscheidung stellt ferner klar, dass der Betriebsrat zusätzliche bezahlte Pausen zugunsten der Arbeitnehmer nicht erzwingen kann.



Neues aus der Rechtsprechung

Kein Anspruch des erstmalig nach Betriebsänderung gewählten Betriebsrats auf Abschluss eines Sozialplans

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG beziehen sich auf eine geplante und in der Zukunft liegende Betriebsänderung. Wird ein Betriebsrat in einem bislang betriebsratslosen Betrieb erst gebildet, nachdem der Arbeitgeber mit der Umsetzung der Betriebsänderung begonnen hat, steht dem Betriebsrat nach dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Februar 2022 (Az. 1 ABR 2/21) deshalb kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht auf Abschluss eines Sozialplans zu.

Das BAG hatte über die Frage zu entscheiden, ob einem am 20.07.2018 erstmalig gewählten Betriebsrat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht auf Abschluss eines Sozialplans zustehe, nachdem die Arbeitgeberin zuvor am 22.06.2018 ihre Absicht zur Betriebsstilllegung mitgeteilt und am 25.06.2018 Kündigungen ausgesprochen hatte. Das BAG hat ein solches Mitbestimmungsrecht des erstmalig gewählten Betriebsrats.

Für das Entstehen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats und damit verbunden der Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Sozialplan und einen Interessenausgleich zu vereinbaren, ist derjenige Moment maßgeblich, in dem sich der Tatbestand verwirklicht, an den das jeweilige Mitbestimmungsrecht anknüpft. Bei den Mitbestimmungsrechten nach §§ 111 ff. BetrVG ist dieser Tatbestand die geplante und damit noch in der Zukunft liegende Betriebsänderung. „Geplant“ ist die Betriebsänderung, wenn der Arbeitgeber aufgrund abgeschlossener Prüfungen und Vorüberlegungen grundsätzlich zu einer Betriebsänderung entschlossen ist.

Sinn und Zweck der Beteiligungsrechte ist es, dass der Betriebsrat die Möglichkeit hat, auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Seine Beteiligung soll deshalb stattfinden, bevor die Betriebsänderung geplant und durchgeführt ist. Bei unternehmerischen Maßnahmen, die nicht (lediglich) „geplant“ sind, sondern mit deren Umsetzung der Arbeitgeber bereits begonnen hat, können Sinn und Zweck der Beteiligung regelmäßig nicht mehr erreicht werden.

Der Arbeitgeber ist auch nicht verpflichtet, mit einer beteiligungspflichtigen Maßnahme zu warten, bis im Betrieb ein Betriebsrat gewählt ist.

Der Sozialplan soll regelmäßig bereits vor Durchführung der Betriebsänderung verhandelt und vereinbart werden, weil er nur dann seiner Befriedungs- und Ausgleichsfunktion in vollem Umfang gerecht werden kann. Deshalb entsteht ein Mitbestimmungsrecht des erstmalig gewählten Betriebsrats nicht mehr, wenn bereits vor seiner Wahl die Umsetzung der Maßnahme durch den Arbeitgeber begonnen hat.

Durch den Beschluss vom 22.02.2022 bestätigt das BAG erfreulicherweise seine vor mehr als 30 Jahren ergangene Entscheidung vom 22.10.1991 (Az. 1 ABR 17/91) und trägt dadurch zur Rechts- und Planungssicherheit für Arbeitgeber bei der Umsetzung von geplanten Betriebsänderungen in – bislang – betriebsratslosen Betrieben bei.

Trotz der durch das BAG geklärten und nunmehr bestätigten Rechtslage ist Streit unter den Betriebsparteien insbesondere in Konstellationen denkbar, in denen die bereits begonnene Umsetzung der Betriebsänderung weniger eindeutig ist als in den beiden Entscheidungen des BAG, in denen bereits vor der erstmaligen Wahl des Betriebsrats in Umsetzung der Betriebsänderung Kündigungen ausgesprochen worden waren. Für diesen Fall empfiehlt es sich, jegliche vorgelagerte Umsetzungshandlung aus Nachweiszwecken zu dokumentieren. Auch schon Beschlüsse der Geschäftsführung über die sofortige Umsetzung einer konkret beschlossenen Planung sollten dokumentiert werden.



Neues aus der Rechtsprechung

Weit unterdurchschnittlich – Kündigungsmöglichkeiten bei Low Performern

Jeder Arbeitgeber wünscht sich eine möglichst leistungsbereite- und fähige Belegschaft. Kaum ein Betrieb ist jedoch frei von sogenannten Low Performern, also Arbeitnehmern, die – aus welchen Gründen auch immer – weit unterdurchschnittliche Leistungen erbringen. Häufig resultiert daraus ein Trennungswunsch seitens des Arbeitgebers, der sich jedoch nur selten einseitig ad-hoc erfüllen lässt. Denn die Kündigung von Low Performern ist alles andere als einfach. Das Landesarbeitsgericht Köln hat nun mit Urteil vom 3. Mai 2022 (Az. 4 Sa 548/21) eine Low-Performer-Kündigung für wirksam gehalten.

Gegenstand des Rechtsstreits war eine verhaltensbedingte Kündigung nach vorheriger Abmahnung.

Der klagende Arbeitnehmer arbeitete als Kommissionierer. Auf das Arbeitsverhältnis fand eine Betriebsvereinbarung Anwendung, die Leistungsprämien abhängig von abgearbeiteten Kundenaufträgen vorsah. Gemessen wurden die Leistungen nach sogenannten Verpackungseinheiten pro Stunde. Die Betriebsparteien legten eine Normalleistung – eine bestimmte Anzahl von Verpackungseinheiten pro Stunde – fest (100 %). Die Leistungsprämie soll im Durchschnitt

für jeden Bereich der Kommissionierung etwa 120 % der festgelegten Normalleistung betragen.

Der Arbeitgeber legte im Laufe des Rechtsstreits dar, dass der Arbeitnehmer eine weit unterdurchschnittliche Leistung erbracht hatte. Der Arbeitgeber konnte anhand der im Hinblick auf die Leistungsprämie gesammelten Daten darlegen, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers gemessen an den Verpackungseinheiten pro Stunde mehr als 1/3 unter denen vergleichbarer Mitarbeiter lagen. Nachdem der Arbeitgeber gestützt auf den Vorwurf unberechtigter Leistungsverweigerung den Arbeitnehmer bereits abgemahnt hatte, kündigte er das Arbeitsverhältnis. Hiergegen richtet sich die Klage des Arbeitnehmers – erfolglos.

Das LAG Köln hielt die auf Pflichtverletzungen beruhenden Schlechtleistungen für einen an sich geeigneten Grund, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Vorliegend handele es sich um eine quantitative Minderleistung. Der Arbeitgeber habe erfolgreich darlegen können, dass der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum den Durchschnitt der im Betrieb gezeigten Leistungen um deutlich mehr als 1/3 unterschritten hat. Es wäre Sache des Arbeitnehmers gewesen, Gründe darzulegen, die eine solche Leistungsunterschreitung rechtfertigen. Dies sei dem Arbeitnehmer nicht gelungen.

Die Entscheidung ist gut nachvollziehbar und liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Sie kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass „erfolgreiche“ Low-Performer-Kündigungen nicht die Regel sind. Eine Besonderheit des entschiedenen Sachverhalts ist die transparente Messbarkeit der quantitativen Leistung. Eine derart zielgenaue Auswertung ist jedoch in wenigen Fällen möglich. Noch schwieriger ist die Messbarkeit der qualitativen Arbeitsleistung.

Jedenfalls muss eine Low-Performer-Kündigung in den meisten Fällen sorgfältig vorbereitet werden. Dazu gehört eine möglichst umfangreiche und detailgenaue Dokumentation der Arbeitsergebnisse. Auch klare Arbeitsanweisungen mit konkreten Zeitvorstellungen sind insofern zu empfehlen. Soweit der Mitarbeiter dann die ihm vorgegebenen – realistischen – Arbeitsziele verfehlt, kann es sinnvoll sein, den Mitarbeiter abzumahnern und ggf. anschließend verhaltensbedingt zu kündigen.

Gleichzeitig ist darauf zu achten, dem Mitarbeiter die Möglichkeit zu geben, die Gründe für die Minderleistung darzulegen und ggf. Hilfestellungen anzubieten. Wenn sich zeigt, dass der Mitarbeiter die geschuldeten Leistungen trotz dieser Unterstützung nicht leisten *kann*, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Der Arbeitgeber ist gut beraten, hier ggf. zweigleisig zu fahren.

Wir beraten Sie gerne hierzu zum richtigen Umgang mit Low Performern.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Christina Esser
+49 (0) 221 65065-129
christina.esser@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de