

Die Covid-19-Pandemie rückt Hygiene und Gesundheitsvorsorge in das Zentrum unserer gesellschaftlichen Diskussionen. Auch in den Betrieben hat sich hier in den vergangenen Monaten viel getan und tut sich nach wie vor. Gute Gründe, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG in den Fokus zu nehmen.

Sonderkonjunktur für Mitbestimmung

Von Bernd Weller

● Noch immer wird breit darüber diskutiert, wo Gefahren für Kunden und Mitarbeiter lauern und wo neben den allgemeinen AHA-Regeln besondere Schutzvorkehrungen zu treffen sind. In den Betrieben ist dabei auch der Betriebsrat involviert.

Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz – ein Sonderling unter den Mitbestimmungsregeln

Der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterscheidet sich strukturell von den anderen Beteiligungstatbeständen des BetrVG. *„Der Betriebsrat hat ... , soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ... mitzubestimmen ... [bei] Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften.“*

Danach ist die Mitbestimmung des Betriebsrats zunächst ausgeschlossen, wenn bereits eine (abschließende) gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht; das ist der Gesetzes- beziehungsweise Tarifvorbehalt der Mitbestimmung. Die Mitbestimmung besteht demnach nur, wenn es eine gesetzliche Handlungspflicht für den Arbeitgeber gibt, die noch nicht abschließend im Gesetz geregelt ist und hinsichtlich derer – vor allem durch eine durchgeführte Gefährdungsanalyse – das Vorliegen konkreter

Gesundheitsgefährdungen nachgewiesen ist. Demnach benötigt der Betriebsrat, will er Maßnahmen durchsetzen, in der Regel erst eine Gefährdungsanalyse; ein Prozess, der viel Zeit kostet.

Gesundheitsschutz und Covid-19

Zu Beginn der Pandemie im Frühjahr 2020 gab es nur vereinzelt Streit um Schutzmaßnahmen wie etwa das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes im Publikumsverkehr. Sodann zeigte sich, dass im überwältigenden Gros der Betriebe – auch ohne vorherige Gefährdungsanalyse – Betriebsrat und Arbeitgeber Hand in Hand schnell Maßnahmen einleiteten – Maskengebote, Einweghandschuhe, Desinfektionsmittel, kürzere Reinigungsintervalle, das Vorgeben von Laufwegen in Büros zur Einhaltung von Abständen, Änderungen der Arbeitszeiten, um die Anzahl gleichzeitig anwesender Mitarbeiter zu verringern bis hin zur flächendeckenden Nutzung von Homeoffice. Wo sich Gesundheitsgefahren für Arbeitnehmer für alle Seiten aufdrängen, arbeiten beide Betriebspartner in der Regel vertrauensvoll und mit demselben Ziel zusammen. Streit gibt es beim Gesundheitsschutz traditionell eher in den Bereichen, in denen sich eine – ernste – Gesundheitsgefahr jedenfalls nicht auf den ersten Blick aufdrängt – im Büroumfeld.



Genau dort zeigen sich mittlerweile in vielen Betrieben zunehmend Risse im gemeinsamen Umgang mit der Pandemie. Fragen, bei denen auch die Reichweite der Mitbestimmung im Streit steht, stellen sich neu oder anders:

- Kann der Betriebsrat Homeoffice beziehungsweise die Rückkehr aus dem Homeoffice in das Büro erzwingen?
- Kann er Kostenübernahmen für das Homeoffice erzwingen?
- Kann er Höchstgrenzen für Kundenzutritte erzwingen?
- Kann er eine Mindest- oder Höchstbesetzung erzwingen?
- Kann er kostenlose Überlassung von Masken für die Arbeitnehmer erzwingen?
- Kann er die Veränderung von Bürokonzepten erzwingen?
- Kann er die Anschaffung von Raumlüftreinigern erzwingen?
- Wie weit gehen die Rechte der Betriebspartner im Verhältnis zu den Arbeitnehmern?

Verhältnis zu Arbeitnehmerrechten

Auch die Betriebspartner müssen sich die Frage gefallen lassen, inwieweit sie über den Kopf der Arbeitnehmer hinweg Entscheidungen fällen können. Hier zieht das BetrVG in der Tat eine klare Grenze – bei der Ausübung der Mitbestimmung sind beide Seiten an höherrangiges Recht, namentlich die Grundrechte der

Arbeitnehmer, gebunden. In Betracht kommen bei der Auseinandersetzung um betriebliche Maßgaben wohl vor allem Art. 2 Abs. 1 GG – das allgemeine Persönlichkeitsrecht – sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Art. 2 Abs. 1 GG dient als Abwehrrecht gegen die eigene Handlungsfreiheiten einschränkende Vorgaben der Betriebspartner und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als Garant für ein größtmögliches Schutzniveau des Einzelnen, aufgrund dessen die Betriebspartner mit ihren Maßnahmen jedwedes Gesundheitsrisiko zu 100% auszuschließen haben. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bildet also den Maßstab, ob eine betriebliche Maskenpflicht zu rechtfertigen ist, während vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. 1 GG beispielsweise diskutiert wird, ob den Mitarbeitenden ein Anspruch auf ein Einzelbüro oder auf Homeoffice (zur Vermeidung betrieblicher Kontakte) zusteht.

In beiden Fällen gilt der Grundsatz, dass es keinen absoluten Vorrang eines Grundrechts gibt, sondern dass die betroffenen Grundrechtspositionen – damit auch die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeberseite – in einen Ausgleich miteinander zu bringen sind, man spricht von „praktischer Konkordanz“. Die Grenze bilden demnach die Kernbereiche der jeweiligen Grundrechte. So können gesundheitsbezogene Maßnahmen (das Ermitteln der Körpertemperatur durch Infrarotmessung), die Arbeitgeber und Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung vor-

sehen, nicht einfach vom Mitarbeiter abgelehnt werden. Anders ist dies aber bei „körperinvasiven“ Maßnahmen; die zwangsweise Entnahme von Blutproben beispielsweise wäre definitiv ein Verstoß gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit; der Handelnde würde sich der Körperverletzung strafbar machen.

Die Betriebsparteien haben einen weiten Beurteilungsspielraum, mit welchen Mitteln sie den Gesundheitsschutz unter größtmöglicher Aufrechterhaltung des Betriebs gewährleisten wollen.

Die Betriebspartner werden üblicherweise auch nicht durch arbeitsvertragliche Regelungen der Arbeitnehmer an solchen Maßnahmen gehindert; selbst wenn im Arbeitsvertrag die einseitige Verweisung von Arbeitnehmern in das Homeoffice (oder daraus zurück) vorgesehen ist. Nach neuerer Rechtsprechung des BAG sind kollektivrechtliche Regelungen, insbesondere bei der Ausgestaltung von Mitbestimmungsrechten, nicht durch arbeitsvertragliche Regelungen beschränkt, sofern diese nicht ausnahmsweise als günstigere Regelung ohne kollektiven Änderungsvorbehalt anzusehen sind.

Es kann daher festgehalten werden, dass die Gestaltungs-kompetenz der Betriebspartner nur in Extremfällen oder in besonderen arbeitsvertraglichen Konstellationen durch Arbeitnehmerrechtspositionen beschränkt werden.

Mitbestimmung bei Homeoffice-Regelungen

Sowohl politisch als auch betrieblich gerät derzeit das Homeoffice wieder stärker in den Fokus. Der Anfang Oktober vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur „mobilen Arbeit“ sah einen neuen Mitbestimmungstatbestand vor, die „Einführung und Ausgestaltung von mobiler Arbeit.“ Nach geltendem Recht kann der Betriebsrat keine Homeoffice-Tätigkeit gegen den Willen des Arbeitgebers in der Einigungsstelle erzwingen; in vielen Tarifverträgen ist ein solches Recht des Betriebsrats sogar explizit ausgeschlossen. Abhängig von betrieblichen Gegebenheiten könnte sich ein solches erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aber aus § 91 BetrVG ergeben, wenn nämlich der Umgang mit den Covid-19-spezifischen Herausforderungen im Betrieb als offensichtlicher Verstoß gegen gesicherte Erkenntnisse der Arbeitswissenschaft zu werten wäre. Wenn die räumlichen Umstände im Betrieb eine Einhaltung der Covid-19-Vorgaben nicht ermöglichen, kann dem Betriebsrat ausnahmsweise ein Mitgestaltungrecht bei den Arbeitsplätzen zustehen. Wenn andere Maßnahmen (Anschaffung von Luftreinigern, Schichtsysteme, Anmietung von Zusatzflächen) keine Abhilfe schaffen, könnte der Betriebsrat ausnahmsweise die (vorübergehende) Einführung von Homeoffice-Arbeit erzwingen. Auch in diesen Fällen müsste er aber den langwierigen Weg über die Einigungsstelle gehen.

Ist eine Entscheidung pro Homeoffice gefallen, ist der Betriebsrat mit im Boot. Dabei steht vorwiegend das Thema Arbeitsschutz im Vordergrund, sprich die ordentliche Ausstattung des häuslichen Arbeitsplatzes mit professionellem Büromobiliär und professioneller Technik statt der Arbeit vom Klappsofa mit Beistelltisch. Überdies müsste auch für jeden Homeoffice-Arbeitsplatz eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt werden, die Gegebenheiten vor Ort müssen geprüft werden. Angesichts der restriktiven Sichtweise der gesetzlichen Unfallversicherungen (der heimische Gang zur Küche für den Morgenkaffee ist nicht versichert, der Gang zur Kaffeeküche im Büro hingegen

schon) wird auch zunehmend die Frage thematisiert, ob Arbeitgeber bei Homeoffice-Regelungen jedenfalls so lange Zusatzversicherungen für die Arbeitnehmer abschließen müssen, bis der gesetzliche Unfallversicherungsschutz – wie im Gesetzentwurf zur mobilen Arbeit angedacht – auch stärker an die Homeoffice-Gegebenheiten angepasst ist.

Perspektivisch wird es wohl so sein, dass die meisten Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Betriebsräte 100 Prozent Homeoffice nicht als dauerhaft tragbare Variante betrachten. Stattdessen wird es vermehrt eine Mischung aus Homeoffice und Bürotätigkeit geben, wobei letztere dann nicht mehr im „eigenen“ Einzelbüro, sondern kostenschonender in einem variablen Bürokonzept mit Desksharing durchgeführt werden wird. Auch dabei hat der Betriebsrat kein grundsätzliches Abwehrrecht; die Arbeitsplatzorganisation obliegt dem Arbeitgeber mitbestimmungsfrei. Der Betriebsrat kann jedoch auf besseren Gesundheitsschutz beim Desksharing drängen (häufigere oder intensivere Tisch- und Tastaturreinigung, vgl. LAG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2018, Az. 3 TaBVGa 6/17).

Mitbestimmung bei der Personalbemessung

Spannend, aber auch hoch umstritten, ist die Frage, ob Betriebsräte in der Pflege und in Krankenhäusern ein Mitbestimmungsrecht bei der Mindestbesetzung von Stationen oder Schichten (zum Schutz der Arbeitnehmer vor Überbeanspruchung) haben. Das LAG Schleswig-Holstein (Beschluss vom 25.4.2018, Az. 6 TaBV 21/17) hat ein solches Mitbestimmungsrecht unter Hinweis auf den damit verbundenen Eingriff in den Kernbereich der grundrechtlich verbürgten Unternehmerfreiheit verneint; das LAG Hamburg (Beschluss vom 16.7.2020, Az. 8 TaBV 8/19) beurteilt diese Frage genau gegenteilig und hält die Festlegung von Personalbemessungszahlen und den damit verbundenen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit für gerechtfertigt. Es sah nicht einmal ein Problem darin, dass der angegriffene Einigungsstellenspruch auf Basis veralteter Personal- und Organisationsdaten ergangen war. Es hat sich auch nicht mit der Frage befasst, ob die angestrebte Entlastung des Personals auf anderem Wege hätte erreicht werden können. Die Begründung des LAG Schleswig-Holstein ist schlüssiger; die Ansicht des LAG Hamburg vermag nicht zu überzeugen. Vor der Festlegung von Personalbemessungszahlen hätte das Gericht andere, mildere Mittel erwägen und die Faktenbasis des Einigungsstellenspruchs kritisch prüfen müssen.

Das Thema bleibt spannend und am Ende wird das Bundesarbeitsgericht entscheiden, ob Betriebsräte über die Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz personelle Mindestbesetzungen durchsetzen können. ■■■



BERND WELLER, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist Co-Head der Praxisgruppe Arbeitsrecht von Heuking Kühn Lüer Wojtek PartGmbH und berät nationale und internationale Unternehmen zu arbeitsrechtlichen Fragen.