

dort, wo er seine Unternehmerentscheidung auf innerbetriebliche Gründe, z. B. eine (Teil-) Betriebsstilllegung stützt, sprechen die besseren Gründe gegen eine solche Pflicht. Sie würde in die Unternehmerentscheidung eingreifen.

In Betrieben mit Betriebsrat ist nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung allerdings davon auszugehen, dass solange das Gremium von seinem Initiativrecht zur Einführung der Kurzarbeit keinen Gebrauch gemacht hat, die Gerichte nicht prüfen, ob Kurzarbeit die Kündigung hätte vermeiden können. Die unterinstanzlichen Gerichte neigen dagegen bei betriebsratslosen Betrieben und einer selbstbindenden Entscheidung des Arbeitgebers dazu, Kurzarbeit als milderes Mittel in Erwägung zu ziehen (ArbG Dessau-Roßlau, Urt. v. 18.6.2009 – 10 Ca 77/09).

RAin Nicole Bleis,
Allen & Overy LLP, Frankfurt am Main

Mitbestimmung bei Ausgleichsmaßnahmen für Nachtarbeit

§§ 77, 87 BetrVG; § 6 Abs. 5 ArbZG

1. **Der Betriebsrat hat bei der Entscheidung über die Ausgleichsmaßnahme für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch bezahlte freie Tage oder Entgeltzuschlag grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen.**

2. **§ 6 Abs. 5 ArbZG sieht nur subsidiär einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch vor. Primär ist es den Tarifvertragsparteien überlassen, die Ausgleichsmaßnahmen auszugestalten.**

3. **Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats entfällt, wenn im Betrieb normativ oder kraft einzelvertraglicher Bezugnahme eine tarifliche Regelung gilt, die eine Kompensation für die Nachtarbeit enthält. Dann ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, Ausgleichsmaßnahmen zu bestimmen, die zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG berechtigen.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 17. Januar 2012 – 1 ABR 62/10

Problempunkt

Der beim tarifgebundenen Arbeitgeber maßgebliche Manteltarifvertrag sieht gestaffelte Zusatzurlaubsansprüche als Ausgleich für geleistete Nachtarbeitsstunden vor. Durch Spruch der Einigungsstelle wurde gegen die Arbeitgeberbestimmen eine Betriebsvereinbarung geschlossen, die Zusatzurlaubsansprüche für Bereitschaftszeiten während der Nachtstunden gewährt. Der Arbeitgeber focht den Spruch mit der Begründung an, dem Betriebsrat habe – wegen der tarifvertraglichen Regelung – gar kein Mitbestimmungsrecht zugestanden. Die beiden Vorinstanzen gaben der Anfechtung statt und hielten den Spruch der Einigungsstelle für unwirksam.

Entscheidung Das BAG schloss sich dieser Auffassung an. Es wies zunächst auf seine Rechtsprechung hin, wonach dem Betriebsrat bei der Entscheidung des Arbeitgebers, ob Nachtarbeitsstunden durch Freizeit oder Entgeltzuschlag auszugleichen sind, ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zusteht. Der Ausgleichsanspruch in § 6 Abs. 5 ArbZG dient zumindest auch dem Gesundheitsschutz. Er stellt daher eine öffentlich-rechtliche Rahmenvorschrift i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dar.

Nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist aber das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen, wenn eine tarifliche Regelung besteht. Es kommt dabei nicht darauf an, ob sie „abschließend“ i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG ist. Vielmehr lässt sie die Pflicht des Arbeitgebers, den Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu bestimmen, entfallen. Folglich gibt es keinen Regelungsspielraum mehr, der Voraussetzung für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist.

Konsequenzen

Einmal mehr hat das BAG einen Einigungsstellenspruch „kassiert“, obwohl die entscheidende Rechtsfrage nicht sehr komplex war. Die Kürze des Beschlusses spricht insoweit Bände. Das bestätigt den Eindruck, dass es manchem Einigungsstellenvorsitzenden mehr um die Einigung und weniger um deren Rechtsrahmen geht. Das ist bei moderierten freiwilligen Entscheidungen richtig, nicht aber bei einem Spruch. Der wird dann nämlich für die Betriebspartner – Arbeitgeber und Betriebsrat – zum Problem. So schön es ist, am Ende in Erfurt Recht zu behalten: In der Zwischenzeit gilt der Spruch der Einigungsstelle als Betriebsvereinbarung und lässt sich notfalls mit einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen.

Praxistipp

Die Betriebspartner sollten bei der Abstimmung in der Einigungsstelle nicht nur ihre Wunschvorstellungen vor Augen haben, sondern auch das Machbare und rechtlich Erzwingbare. Notfalls müssen sie dies – zu Protokoll – dem Einigungsstellenvorsitzenden nochmals erläutern. Steht fest, dass der eigene Antrag keine Mehrheit erhält, ist auch ein Alternativantrag, der eine eigene Kompromisslinie aufzeigt, bedenkenswert.

RA und FA für Arbeitsrecht Bernd Weller,
Heucking Kühn Lür Wojtek,
Frankfurt am Main

Zuschuss zum Mutterschaftsgeld

§ 14 Abs. 1 MuSchG;
§§ 628 Abs. 2, 626 BGB

1. **In die Berechnung des Arbeitsentgelts im Referenzzeitraum nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sind verdiente – nicht nur fällige – Provisionsansprüche einzubeziehen.**

2. **Sie sind bei der Berechnung des durchschnittlichen Entgelts anteilig zu berücksichtigen.**

3. **Für eine volle Anrechnung trägt die Arbeitnehmerin die Darlegungs- und Beweislast, dass eine im Referenzzeitraum abgerechnete Provision auch in diesem Zeitraum entstanden ist. Allein dass der Provisionsanspruch abgerechnet oder fällig wurde, genügt nicht.**

(Leitsätze der Bearbeiterin)

BAG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 5 AZR 439/10

Problempunkt

Das BAG musste sich mit der Frage befassen, ob und wie eine Provision, die der Arbeitgeber zusätzlich zum Grundgehalt gezahlt hat, bei der Berechnung des Mutterschutzgeldes nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) einzustellen ist. Die Klägerin erhielt für ihre Tätigkeit im Bereich Business Sales neben ihrem Grundgehalt eine umsatzabhängige Provision sowie eine Provision nach Maßgabe einer Betriebsvereinbarung. Als sie ein Kind bekam, legte die Arbeitgeberin bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG das Grundgehalt sowie