



# Herzlos in die Zukunft

*Eine unendliche Geschichte...?*

**Eine Handlungshilfe für  
die Betriebsräte, wie mit  
den neuen Arbeitsverträgen  
bei Neueinstellungen  
umzugehen ist**



*Gesundheit, Soziale Dienste,  
Wohlfahrt und Kirchen*

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



## Inhaltsverzeichnis

<b>Die Situation bei der AWO – eine politische Bewertung</b> .....	4
<b>Kündigung der Tarifverträge im Bereich der Arbeiterwohlfahrt (AWO) und Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte aus rechtlicher Sicht</b> .....	7
1. Ausgangslage .....	7
2. Individualrechtliche Situation .....	7
3. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates .....	8
<b>Handlungshilfen</b> .....	10
<b>Die verschiedenen Ausgangslagen</b>	
Einstellungen beim Verband mit neuen, nicht tarifkonformen Arbeitsverträgen .....	10
Einstellungen bei einer neu gegründeten AWO-gGmbH .....	11
Informationserteilung/Auskunft .....	12
Widerspruch des Betriebsrates gegen Einstellung nach § 99 I Nr. 1 BetrVG .....	13
Widerspruch des Betriebsrates wegen Besorgnis von Nachteilen der Beschäftigten nach § 99 I Nr. 3 BetrVG .....	14
Widerspruch des Betriebsrates gegen die Einstellung nach § 99 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG .....	15
Einstellung ja – Eingruppierung nein – gespaltenes Votum .....	17
Vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG .....	19
Anrufung der Einigungsstelle zum Thema Beginn und Ende sowie Verteilung der Arbeitszeit .....	20
Verfahren nach § 101 BetrVG .....	22

Herausgeber:  
ver.di-Bundesverwaltung  
Fachbereich 03, Gesundheit, Soziale Dienste, Wohlfahrt und Kirchen  
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin

V.i.S.d.P.: Ellen Paschke, Bundesfachbereichsleiterin

Bearbeitung: Marion Leonhardt, Bundesfachgruppe Wohlfahrt  
Onno Dannenberg, Tarifkoordinator, ver.di-Landesbezirk Niedersachsen-Bremen  
Bernd Spengler, Rechtsanwaltskanzlei Spengler & Kollegen, Würzburg

Satzherstellung: Hauer+Ege GmbH, 70435 Stuttgart

Druck: TC-Druck, Tübingen

W-2123-11-0604

## Die Situation bei der AWO – eine politische Bewertung

Der Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V. hat fristgerecht zum 31.03.2004 den Bundes-Manteltarifvertrag AWO (BMT-AW II), den Zusatztarifvertrag zum Bundes-Manteltarifvertrag (Zusatz-TV-AW II), den Tarifvertrag über die Gewährung von Zulagen (Zulagen-TV-AW II), den Tarifvertrag über ein Urlaubsgeld (Urlaubsgeld-TV-AW II), den Tarifvertrag zu §§ 93 und 97 AFG, den Tarifvertrag über Tätigkeitsmerkmale zum Bundes-Manteltarifvertrag (Tätigkeitsmerkmale-TV-AW II) und den Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeit (TV-ATZ) einschließlich der jeweiligen besonderen Tarifverträge für das Tarifgebiet Ost gekündigt. Nicht gekündigt worden ist der Vergütungstarifvertrag, da dieser frühestens zum 31.01.2005 gekündigt werden kann. Parallel dazu läuft eine Klage der fünf AWO-Landesgeschäftsführer aus den neuen Bundesländern gegen ver.di zwecks Feststellung, dass die AWO-Tarifverträge Ost wegen fehlender Mandatierung des AWO-Bundesvorstandes keine Gültigkeit entfalten. Bisher hat die AWO die ersten beiden Instanzen vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht Berlin verloren. Eine endgültige Entscheidung wird im Juni in der dritten Instanz gefällt werden.

Die AWO verlässt also den Weg tariflich abgesicherter Arbeitsbedingungen und viele AWO-Gliederungen legen den Neueinstellungen seit 01.04.04 Arbeitsverträge mit schlechteren Konditionen vor. Dies bedeutet nichts anderes, als dass sich die AWO in den ruinösen Wettbewerb um die billigste Erbringung der Leistung begibt. Nicht Qualität der Leistung und Zufriedenheit der MitarbeiterInnen sind entscheidend, sondern nur der kurzfristige und kurzsichtige Kostenvorteil gegenüber der Konkurrenz. Hier wird bei den Arbeitsbedingungen eine Spirale nach unten in Gang gesetzt, bei der nicht abzusehen ist, wo sie enden soll.

ver.di empfiehlt allen Betriebsräten, den Neueinstellungen zu widersprechen. Wir wissen, dass das nicht immer ganz einfach ist. Jeder kennt den Personalmangel vor Ort, jeder weiß, wie wichtig ein Arbeitsplatz für den einzustellenden Kollegen/die Kollegin ist. Warum raten wir trotzdem dazu, der Einstellung insgesamt zu widersprechen?

- Unterschiedliche Arbeitsbedingungen bedeuten Spaltung der Belegschaft. Kein „Altbeschäftigter“ sollte sich in falscher Sicherheit wiegen: Über die schlechteren Arbeitsverträge für die Neueingestellten wird Druck auf die Arbeitsbedingungen der jetzt schon Beschäftigten gemacht. Diese Erfahrung haben wir leider in vielen Bereichen machen müssen.
- Bei hoher Fluktuation im Betrieb hat der Arbeitgeber es bald geschafft, dass nur noch Neuverträge gelten. Es kommt insgesamt zu einer Absenkung des Niveaus im Unternehmen, in der Branche.
- Wenn der Betriebsrat der Einstellung widerspricht, muss der Arbeitgeber das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht einleiten (wenn er das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht verletzen will). Die Aussichten eines solchen Verfahrens darf man nicht ausschließlich juristisch bewerten. Arbeitsbedingungen werden letztlich nicht von einem Gericht geregelt, sondern hängen wesentlich davon ab, wie stark sich die Beschäftigten gegen Verschlechterungen wehren und wie aktiv sie für den Erhalt ihrer Arbeitsbedingungen sind. Dabei brauchen sie aber die Unterstützung ihrer Gewerkschaft und des Betriebsrates. Widerspricht z. B. der Betriebsrat der Einstellung, darf der Arbeitgeber während der Laufzeit des Verfahrens nicht zu schlechteren Bedingungen einstellen und der Betriebsrat hat ein Zeichen gesetzt, dass er eine Erosion der Arbeitsbedingungen im Betrieb nicht mitmacht und sie nicht kampfflos preisgibt.
- Der Betriebsrat hat – auch wenn er der Einstellung zustimmt – ein Mitbestimmungsrecht bei der Eingruppierungsordnung nach § 87, 10 BetrVG (nicht bei der Vergütung!!!). Doch dies geht dann ins Leere, wenn der Arbeitgeber z. B. die im Betrieb bestehende Eingruppierungsordnung weiter beibehält, aber z. B. die Vergütung abgesenkt wird oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit erhöht wird.
- Der Betriebsrat hat auch ein Mitbestimmungsrecht, wenn die Arbeitszeit verlängert oder verkürzt wird. Dies greift aber nur, wenn die in der Betriebsvereinbarung vereinbarten Schichtzeiten und die Verteilung auf die Wochentage dadurch nicht mehr eingehalten werden. Setzt z. B. der Arbeitgeber – wie es viele AWO-Gliederungen machen – die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit auf 40 Stunden herauf und schließt sie mit den ArbeitnehmerInnen Teilzeitverträge über 38,5 Stunden ab, so ändert sich an den Schichtzeiten und der Verteilung der Arbeitszeit nichts. Die Mitbestimmung liefe ins Leere.
- Wenn der Betriebsrat nicht insgesamt der Einstellung widerspricht, gibt es viele Verschlechterungen in den AWO-Arbeitsverträgen (z. B. Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld usw.), bei denen der Betriebsrat von vornherein kein Mitbestimmungsrecht hat.

Wenn wir also der Erosion der Arbeitsbedingungen bei der AWO entgegenwirken wollen und das Ziel tarifvertraglicher abgesicherter Arbeitsbedingungen nicht aus dem Auge verlieren, müssen wir jetzt bei den Neueinstellungen Widerstand leisten. Nur wenn der Arbeitgeber nicht die Chance hat, die Arbeitsbedingungen über neue Arbeitsverträge problemlos zu verschlechtern, wird er wieder dazu übergehen (müssen), diese kollektiv und über Verhandlungen mit der zuständigen Gewerkschaft zu regeln.

## **Kündigung der Tarifverträge im Bereich der Arbeiterwohlfahrt (AWO) und Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte aus rechtlicher Sicht**

### **1. Ausgangslage**

Der Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V. hat fristgerecht zum 31.03.2004 den Bundes-Manteltarifvertrag AWO (BMT-AW II), den Zusatztarifvertrag zum Bundes-Manteltarifvertrag (Zusatz-TV-AW II), den Tarifvertrag über die Gewährung von Zulagen (Zulagen-TV-AW II), den Tarifvertrag über ein Urlaubsgeld (Urlaubsgeld-TV-AW II), den Tarifvertrag zu §§ 93 und 97 AFG, den Tarifvertrag über Tätigkeitsmerkmale zum Bundes-Manteltarifvertrag (Tätigkeitsmerkmale-TV-AW II) und den Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeit (TV-ATZ) einschließlich der jeweiligen besonderen Tarifverträge für das Tarifgebiet Ost gekündigt. Nicht gekündigt worden ist der Vergütungstarifvertrag, da dieser frühestens zum 31.01.2005 gekündigt werden kann.

### **2. Individualrechtliche Situation**

Tarifvertragsrechtlich gelten die gekündigten Tarifverträge zunächst einmal bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31.03.2004 unverändert weiter. Nicht tarifgebundene Arbeitnehmer können in dieser Zeit durch Gewerkschaftsbeitritt Tarifbindung i. S. d. § 3 TVG mit der Folge der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Rechtsnormen der Tarifverträge auf ihr Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 1 TVG herstellen. Das Gleiche gilt für Arbeitnehmer, die in dieser Zeit ein Arbeitsverhältnis bei der AWO neu begründen und Gewerkschaftsmitglied sind oder werden.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist gelten die Rechtsnormen der gekündigten Tarifverträge ab 01.04.2004 gem. § 4 Abs. 5 TVG weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (Nachwirkung). Nachwirkung bedeutet, dass zwar die unmittelbare, nicht aber die zwingende Wirkung der Tarifvorschriften erhalten bleibt. Als „andere Abmachung“ i. S. d. § 4 Abs. 5 TVG gilt daher nicht nur ein neuer Tarifvertrag, sondern auch eine einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung oder ggf. eine Betriebsvereinbarung.

Die Nachwirkung erstreckt sich dabei nach der ständigen Rechtsprechung nur auf solche Arbeitsverhältnisse, die bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist tarifgebunden bestanden haben (vgl. u. a. BAG vom 22.07.1998 – 4 AZR 403/97). Erst nach

Ablauf des Tarifvertrages der Gewerkschaft beitretende oder ein Arbeitsverhältnis neu aufnehmende Arbeitnehmer werden von der Nachwirkung nicht erfasst. Für ab dem 01.04.2004 neu zu begründende Arbeitsverhältnisse können die Arbeitsbedingungen, sofern sie nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, grundsätzlich frei im Arbeitsvertrag vereinbart werden.

### 3. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates

- 3.1. Soweit Betriebsvereinbarungen auf den gekündigten Tarifvorschriften beruhen, bleiben diese unverändert bestehen. Die zwingende und unmittelbare Wirkung von Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 4 BetrVG wird durch die Nachwirkung der zugrunde liegenden Tarifvorschriften nicht beseitigt (vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt, BetrVG, 21. Aufl. [FKHES], § 77 Rdnr. 123 m. w. N.).
- 3.2. Grundsätzlich können lediglich nachwirkende Tarifvorschriften auch durch Betriebsvereinbarungen ersetzt werden. Nach der neueren, wenn auch umstrittenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts greift dabei die so genannte Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG dann nicht, wenn die zu regelnden Angelegenheiten unter das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG fallen (vgl. BAG vom 03.12.1991 – GS 1/90 und 2/90 sowie vom 27.11.2002 – 4 AZR 660/01). Demnach können unabhängig von der Frage der Tarifüblichkeit auch Betriebsvereinbarungen geschlossen werden, die die Vorschriften eines nachwirkenden Tarifvertrages ablösen, soweit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 BetrVG bestehen. Im Einzelnen ist hierzu auf Folgendes hinzuweisen:
  - a) Das Mitbestimmungsrecht bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG umfasst nach der ständigen Rechtsprechung nicht die Frage der Dauer der (regelmäßigen) wöchentlichen Arbeitszeit (vgl. FKHES, § 87 Rdnrn. 103 ff. m. w. N.).
  - b) Vom Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG wird die Dauer des Urlaubs und ein evtl. zusätzliches Urlaubsgeld nicht erfasst (vgl. FKHES, § 87 Rdnrn. 212 ff.).
  - c) Der Mitbestimmung unterliegen jedoch Fragen von Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG) und Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG). Das Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung ist zwar sehr weitgehend, umfasst jedoch nach der ständigen Rechtsprechung nicht die Frage der

Lohnhöhe (vgl. FKHES, § 87 Rdnr. 441 m.w.N.). Bei der Festsetzung leistungsbezogener Entgelte unterliegt auch die Bestimmung des Geldwertes der Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG).

- d) Die übrigen in den Tarifverträgen geregelten Fragen (z. B. Zeitzuschläge, Arbeitsbefreiung, Kündigungsfristen, Altersteilzeitarbeit) unterliegen grundsätzlich nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG. In diesen Fragen sind daher freiwillige Betriebsvereinbarungen i. S. d. § 88 BetrVG wegen des Tarifvorbehalts nach § 77 Abs. 3 BetrVG unzulässig.

- 3.3. Gem. § 99 Abs. 1 BetrVG bedarf die Einstellung und die Eingruppierung der Arbeitnehmer der Zustimmung des Betriebsrates. Einstellung und Eingruppierung sind dabei zwei unterschiedliche Maßnahmen, auch wenn sie zeitlich zusammenfallen. Einstellung ist die Begründung des Arbeitsverhältnisses bzw. die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb und umfasst nicht die Festlegung der Arbeitsbedingungen. Einstellung ist die erstmalige Festlegung der maßgebenden Lohn- oder Gehaltsgruppe. Einer Einstellung kann daher nicht wirksam mit dem Argument widersprochen werden, die Eingruppierung sei unzutreffend (vgl. BAG vom 10.02.1976 – 1 ABR 49/74 und vom 20.12.1988 – 1 ABR 68/87). Der Betriebsrat müsste in einem solchen Fall der Einstellung zustimmen und der vorgesehenen Eingruppierung gem. § 99 Abs. 3 BetrVG widersprechen. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, einen Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht zu stellen. Wird dieser abgelehnt, muss der Arbeitgeber so lange die Zustimmung des Betriebsrates zur Eingruppierung in eine andere Vergütungsgruppe beantragen, bis entweder der Betriebsrat zustimmt oder eine gerichtliche Zustimmungsersetzung erfolgt (vgl. BAG vom 03.05.1994 – 1 ABR 58/93).

Stellt der Arbeitgeber ab dem 01.04.2004 eine neue Vergütungsordnung ohne die Zustimmung des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf, so ist diese unwirksam und löst die bisherige tarifvertragliche Vergütungsordnung nicht ab. Will der Arbeitgeber Eingruppierungen in die von ihm einseitig aufgestellte Vergütungsordnung vornehmen, so stellt dies einen Gesetzesverstoß i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar. Eine Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist in diesem Fall nicht möglich (vgl. BAG vom 27.06.2000 – 1 ABR 36/99 und vom 24.04.2001 – 1 ABR 37/00).

### Die verschiedenen Ausgangslagen

Die Ausgangslage in den verschiedenen AWO-Einrichtungen ist sehr unterschiedlich. Im Wesentlichen können folgende Fallkonstellationen unterschieden werden:

#### **Einstellungen beim Verband mit neuen, nicht tarifkonformen Arbeitsverträgen**

Der AWO-Verband stellt neue Arbeitnehmer mit veränderten Arbeitsverträgen ein – nämlich bei nach einem neuen Vergütungssystem und unter Missachtung der bisherigen Eingruppierungsgrundsätze oder erhöhter wöchentlicher Arbeitszeit.

Gleichzeitig versucht er in Einzelgesprächen länger beschäftigte Arbeitnehmer unter Druck zu setzen, veränderte Arbeitsverträge zu den neuen Konditionen zu unterschreiben.

In einem solchen Fall kann der Betriebsrat zum einen seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 I Nr. 2 BetrVG nutzen, denn durch die Erhöhung der Wochenarbeitszeit kann sich bei Dienstplänen als auch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie der Verteilung auf die Wochentage zwangsläufig eine Änderung (5 x 7,7 Stunden entsprechen nicht 5 x 8 Stunden). Der Betriebsrat kann auch der Einstellung widersprechen, weil sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 10 BetrVG im Hinblick auf die neue Vergütungsordnung missachtet wurde und somit ein Gesetzesverstoß vorliegt.

Unabhängig von den rein juristischen Erfolgsaussichten wird der Betriebsrat daher in der Regel zur Zeit der Einstellung widersprechen, denn mit der dem reinen Widerspruch nur gegen die Eingruppierung würde der Arbeitgeber erst einmal Fakten schaffen. Ausnahmsweise, wenn der Betriebsrat nicht die Einstellung des neuen Arbeitnehmers/der neuen Arbeitnehmerin verhindern will, muss er dann aber auf jeden Fall dessen ordnungsgemäße Eingruppierung erreichen. Für diesen Fall kann der Betriebsrat ausnahmsweise der Einstellung zustimmen, jedoch der Eingruppierung die Zustimmung verweigern. Der Arbeitgeber müsste sich dann beim Arbeitsgericht die Zustimmung zur Eingruppierung ersetzen lassen. Weil die AWO diesen Schritt in der Regel scheut, kann der Betriebsrat nach § 101 BetrVG die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Eingruppierung beantragen.

### Einstellungen bei einer neu gegründeten AWO-gGmbH

In einigen Regionen gründen die AWO-Verbände jedoch auch eigene Tochtergesellschaften und stellen neue Arbeitnehmer nur noch über diese GmbHen ein. Diese GmbHen entsenden dann ihre MitarbeiterInnen in die AWO-Einrichtungen zur tatsächlichen Tätigkeit zusammen mit den dort bisher beschäftigten ArbeitnehmerInnen. Die AWO erhofft sich damit anscheinend unter anderem die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte in den bisherigen Einrichtungen zu umgehen. Dies ist jedoch unzutreffend.

Oftmals liegt nämlich ein gemeinsamer Betrieb im Sinne des § 1 II BetrVG vor, insbesondere wenn die GmbH in derselben Einrichtung ihren Sitz hat und zwischen Verbandsgeschäftsführer und GmbH-Geschäftsführung Personenidentität vorliegt. Es handelt sich dann um einen gemeinsamen Betrieb zweier formaljuristisch selbständiger Unternehmen (Verein und GmbH). Der Betriebsrat ist dann für beide Unternehmen zuständig.

Doch selbst wenn die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs nicht vorliegen, besteht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG der AWO-Einrichtungen für die Einstellungen von neuen Mitarbeitern. Für die Einstellung ist nämlich nicht allein der formale Abschluss des Arbeitsvertrages mit der GmbH, sondern die tatsächliche Integration in den Betriebsablauf, um mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern den Betriebszweck zu erfüllen.

Ganz besonders problematisch sind die Fälle, in denen die neue GmbH als Entleiher von Arbeitnehmern diese bei der AWO-Einrichtung zum Einsatz bringen will. Hier liegt in der Regel keine Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit vor. Diese wird nämlich nur erteilt, wenn der verliehene Arbeitnehmer nach § 3 I Nr. 3 AÜG zu denselben Bedingungen beschäftigt wird, wie die übrigen ArbeitnehmerInnen, also nach dem AWO-Tarifregeln. Genau diese Beschäftigung zu anderen Konditionen ist jedoch gesetzlich nicht gewollt, so dass ein Gesetzesverstoß vorliegt.

## Informationserteilung/Auskunft

Wichtig für Betriebsräte ist natürlich, die konkreten Informationen über die beabsichtigten Maßnahmen der Arbeitgeberseite zu erfahren. Grundlage für diesen Informationsanspruch kann § 80 II (allgemeine Aufgabenerfüllung), § 92 (Personalplanung) oder sogar § 111 BetrVG (Betriebsänderung) sein.

An den Geschäftsführer  
An den Bezirksvorsitzenden

### Auskunftsanspruch, Information anhand von Unterlagen

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

auf der Betriebsversammlung letzte Woche haben Sie gegenüber der Belegschaft dargelegt, dass „die Zeiten des Wohlstandes“ vorbei wären und die AWO daher beabsichtige, sich neu zu strukturieren. Sie erwähnten die beabsichtigte Gründung einer GmbH, bei der neue Mitarbeiter zu Bedingungen unter Tarif beschäftigt werden sollen.

Der Betriebsrat wurde von Ihnen im Vorfeld in keiner Weise informiert. Wir weisen Sie daraufhin, dass der Betriebsrat von Ihnen rechtzeitig und umfassend zu informieren ist und ihm die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Unterlagen vorzulegen sind. Ihre Ankündigung löst beim Betriebsrat Fragen nach der künftigen Personalplanung, der künftigen Struktur des Verbandes und sogar einer eventuellen Betriebsänderung aus.

Wir fordern Sie daher auf, dem Betriebsrat bis spätestens

---

den in der Anlage beigefügten Fragenkatalog anhand von Unterlagen vollständig zu beantworten.

Der Betriebsrat betont, dass er an einer vertrauensvollen Zusammenarbeit interessiert ist, jedoch weitergehende Desinformationen des Betriebsrates nicht akzeptieren wird und seine Rechte nötigenfalls auch gerichtlich durchsetzen wird.

Mit freundlichen Grüßen

Wohlfarth  
Betriebsratsvorsitzender

## Widerspruch des Betriebsrates gegen Einstellung nach § 99 I Nr. 1 BetrVG

Will der Betriebsrat wegen Gesetzes- oder Tarifverstoß die Zustimmung zur Einstellung verweigern, muss er in seiner Begründung den gerügten Verstoß darlegen. Oftmals würde man unter anderen Voraussetzungen als Betriebsrat hier die Zustimmung nicht verweigern, da der betroffene Arbeitnehmer eventuell individualrechtlich seine Rechte verfolgen könnte. Nachdem hier jedoch eine systematische Aushöhlung der Tarifregelungen vorgenommen wird, kann ein Betriebsrat dieses bei der derzeitigen Ausgangslage anders sehen. Hierbei sind bei den derzeitigen Konstellationen in der AWO insbesondere an Scheingeschäfte zur Umgehung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, Verstöße gegen § 87 I Nr. 10 BetrVG oder das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu denken.

### Beabsichtigte Einstellung des Arbeitnehmers Karsten Mustermann

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

Der Betriebsrat verweigert die Zustimmung zur Einstellung des Karsten Mustermann als Krankenpfleger. Herr Mustermann soll nach den neuen Bedingungen der GmbH mit weniger Vergütung und erhöhter Wochenarbeitszeit entgegen der bisher durch die tariflichen Eingruppierungsstrukturen und Arbeitszeitmodelle unseres Hauses beschäftigt werden. Mit Erstaunen haben wir feststellen müssen, dass Herr Mustermann bereits seit 2 Jahren insgesamt 4 x beim AWO-Verband beschäftigt wurde, die letzte Befristung am 31.03. ausgelaufen ist und er nun ab 01.04. diese Tätigkeit erneut befristet fortsetzen soll, allerdings jetzt bei der GmbH als Arbeitgeber. Von dort soll er an den Verband entliehen werden.

Der Betriebsrat begründet seine Zustimmungsverweigerung wie folgt:  
Verstoß gegen § 99 II Nr. 1 BetrVG

Die vorgesehene Einstellung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da der Mitarbeiter entgegen den anderen Kollegen schlechter gestellt wird. Des Weiteren verstößt die Eingruppierung in das neue Entlohnungssystem des Arbeitgebers gegen § 87 I Nr. 10 BetrVG, da dieses neue Entlohnungssystem in der GmbH als Regelung für die Neueinstellungen ohne Zustimmung des Betriebsrates im Hinblick auf eine zwingend mitbestimmungspflichtige Maßnahme erfolgt ist.

Der Betriebsrat ist als gemeinsamer Betriebsrat von AWO-Verband und AWO-GmbH für alle Beschäftigten im Haus zuständig. Das Bundesarbeitsgericht hat bereits entschieden, dass eine Eingruppierung in einseitig vom Arbeitnehmer aufgestellte Vergütungsordnungen einen Gesetzesverstoß darstellt.

Im Übrigen handelt es sich bei der Befristung um ein reines Scheingeschäft zur Umgehung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, da Herr Mustermann erneut befristet beschäftigt werden soll.

Ebenfalls liegt ein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vor. Eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor und wäre auch durch die Bundesagentur zu versagen, da die Mitarbeiter der GmbH, die in den AWO-Einrichtungen zu Einsatz kommen, gerade nicht zu denselben Bedingungen wie die übrigen Mitarbeiter beschäftigt werden. Insofern besteht eine Diskriminierung nach § 3 I Nr. 3 AÜG. Der Gesetzgeber wollte eine solche diskriminierende Beschäftigung gerade verhindern.

Der Betriebsrat muss daher die Zustimmung zu dieser rechtswidrigen Beschäftigung verweigern.

Mit freundlichen Grüßen

Betriebsratsvorsitzender  
Wohlfarth

### **Widerspruch des Betriebsrates wegen Besorgnis von Nachteilen der Beschäftigten nach § 99 I Nr. 3 BetrVG**

Will der Betriebsrat wegen Besorgnis von Kündigungen oder sonstigen Nachteilen der im Betrieb Beschäftigten die Zustimmung zur Einstellung verweigern, muss er in seiner Begründung konkrete Fakten und Tatsachen darlegen („die durch Tatsachen begründete Besorgnis“). Eine pauschale Begründung mit der Angst vor Nachteilen oder nur der Verweis auf § 99 II Nr. BetrVG sind keine formgerechte Zustimmungsverweigerung.

Verstoß gegen § 99 II Nr. 3 BetrVG.

### **Einstellung des Arbeitnehmers Karsten Mustermann**

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

Der vorgesehenen Einstellung wird wegen § 99 II Nr. 3 BetrVG die Zustimmung verweigert. Es besteht die durch Tatsachen begründete Besorgnis, dass im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer erhebliche Nachteile erleiden. (Achtung diese Besorgnis muss durch Fakten belegt werden!) Der Betriebsrat musste bereits im Fall des Arbeitnehmers Lorenz feststellen, dass man diesen durch Ankündigung einer ansonsten betriebsbedingten Kündigung zu einem Aufhebungsvertrag veranlasst hat. Wenige Tage später wurde dann die Stelle durch einen Arbeitnehmer mit den neuen AWO-Konditionen besetzt. Außerdem ist dem Betriebsrat bekannt, dass man mittlerweile mehreren Kollegen in Einzelgesprächen nahe gelegt hat, einen neuen Arbeitsvertrag zu veränderten Konditionen zu akzeptieren, da sie sonst die Kündigung erhalten würden, weil sie zu teuer seien.

Im Übrigen ist die verlängerte Wochenarbeitszeit mit dem bisher durch die Betriebsvereinbarung vom 11.11.2002 vorgesehenen Arbeitszeit- und Dienstplanmodell nicht kompatibel, so dass zu befürchten ist, dass die Kollegen dort vermehrt Überstunden leisten müssen. Denn für die Betreuung der Patienten sind zwei Personen notwendig – und der jetzige Dienstplan hat hier andere Übergabezeiten geregelt, als dies durch die Arbeitszeit des Herrn Mustermann möglich sein wird.

Der Betriebsrat muss daher die Zustimmung zu dieser Einstellung verweigern.

Mit freundlichen Grüßen

Betriebsratsvorsitzender  
Wohlfarth

### **Widerspruch des Betriebsrates gegen die Einstellung nach § 99 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG**

Gerade in personalpolitisch schwierigen Zeiten, wie derzeit bei der AWO, ist es wichtig, dass Betriebsräte gemäß § 93 BetrVG verlangen, dass alle Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden.

Die innerbetriebliche Stellenausschreibung soll innerbetrieblichen Bewerbern Kenntnis von einer freien Stelle vermitteln und ihnen die Möglichkeit geben, ihr Interesse an dieser Stelle kund zu tun und sich zu bewerben. Dabei wird der Arbeitgeber solche Bewerbungen der bisher zu Tarifkonditionen beschäftigten Arbeitnehmer oftmals nicht berücksichtigen wollen, weil er einen externen Bewerber zu niedrigerer Vergütung einstellen möchte. Eine allgemeine selbständige Pflicht zur Ausschreibung aller Arbeitsplätze besteht nicht. Sie wird erst durch das Verlangen des Betriebsrates begründet. Dieser muss also dem Arbeitgeber sein Verlangen anzeigen.

### **Verlangen der internen Stellenausschreibung**

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

der Betriebsrat hat in seiner letzten Sitzung beschlossen, dass er vom jetzigen Zeitpunkt an die betriebliche Stellenausschreibung für alle Arbeitsplätze des Betriebes verlangt. Die Stellenausschreibungen können durchaus am Schwarzen Brett erfolgen. Die Ausschreibung soll enthalten:

- die Abteilung, in der die Stelle zu besetzen ist,
- die genaue Beschreibung des Arbeitsplatzes sowie der Arbeitsbedingungen,
- die fachlichen Anforderungen,
- die Angaben der Tarifgruppe sowie sämtliche Zulagen, auch außertariflicher Art,
- die Arbeitszeiten,
- die einzureichenden Bewerbungsunterlagen,
- der Besetzungstermin,
- die Form der Bewerbung,
- die Bezeichnung der die Bewerbung entgegennehmenden Stelle.

Wir bitten um umgehende Beachtung, da wir ansonsten bei externen Einstellung die Zustimmung verweigern müssten.

Mit freundlichen Grüßen

Wohlfahrt  
Betriebsratsvorsitzender

Der Betriebsrat hat mit diesem Schreiben Vorsorge getroffen, dass auch die Arbeitnehmer mit alten betrieblichen Arbeitsbedingungen bei eventuellen Neubesetzungen von Stellen zum Zuge kommen können. Insbesondere kann der Betriebsrat hier sehr gut überwachen, ob eventuell die älteren Arbeitnehmer, trotz besserer Qualifikation, nur deswegen nicht zum Zuge kommen, weil diese im Vergleich zu den neueren Arbeitnehmern höher vergütet wären.

Beachtet der Arbeitgeber dieses nicht, kann der Betriebsrat einer externen Neueinstellung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG die Zustimmung verweigern.

### **Beabsichtigte Einstellung des Arbeitnehmers Fritz Mustermann**

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

Der Betriebsrat verweigert die Zustimmung zur Einstellung des Fritz Mustermann als Pflegedienstleitung. Mit Schreiben vom ... hatte der Betriebsrat die interne Stellenausschreibung gemäß § 95 BetrVG gewünscht.

Im Hinblick auf die Besetzung der Pflegedienstleitung in der Abteilung Orthopädie wurde die interne Stellenausschreibung von Ihnen jedoch nicht durchgeführt.

Der Betriebsrat verweigert daher die Zustimmung zur Einstellung des Fritz Mustermann.

Mit freundlichen Grüßen

Betriebsratsvorsitzender  
Wohlfahrt

### **Einstellung ja – Eingruppierung nein – gespaltenes Votum**

Grundsätzlich verhindert die Zustimmungsverweigerung zur Eingruppierung allein den Arbeitgeber nicht, die Person zu beschäftigen. Gerade bei Befristungen ist allein die Klärung der Eingruppierung bereits wegen der Länge der arbeitsgerichtlichen Verfahren tatsächlich das „Schaffen von Fakten“. Nur ausnahmsweise werden Betriebsräte daher mit der Problematik konfrontiert sein, dass sie der Einstellung ausnahmsweise zustimmen wollen, insbesondere weil Personalbedarf besteht, jedoch die Eingruppierung des Arbeitnehmers ablehnen. Bei einem neuen Arbeit-

nehmer, der beschäftigt werden soll, liegt nämlich immer sowohl der Tatbestand der Mitbestimmung bei der Einstellung als auch der Tatbestand der Mitbestimmung bei der Eingruppierung vor. Der Betriebsrat kann dann ausnahmsweise auch ein sog. „gespaltenes Votum“ abgeben.

Dies muss dann in dem entsprechenden Beschluss aber auch ausdrücklich herausgearbeitet werden.

### **Einstellung des Arbeitnehmers Michael Glück**

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

Der Betriebsrat hat sich mit der vorgesehenen Einstellung und Eingruppierung des Mitarbeiters Michael Glück als Krankenpfleger beschäftigt. Herr Glück soll nach den neuen Bedingungen ohne irgendeine Eingruppierung entgegen unserer bisherigen Eingruppierungsstruktur im Hause beschäftigt werden.

Der Betriebsrat stimmt der Einstellung des Michael Glück zu. Die vorgesehene Eingruppierung lehnt der Betriebsrat ab. Die vorgenommene Einordnung in ein kollektives Entgeltschema entspricht nicht der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Es ist ja auch nicht das richtige Schema für die Einordnung angewandt worden, da das einzig praktizierte System derzeit die tariflichen Eingruppierungsgrundzüge sind. Ein von Arbeitgeberseite neuerdings entwickeltes System ist ohne Zustimmung des Betriebsrats entwickelt worden und insofern liegt hier auch ein Rechtsverstoß gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vor. Wir fordern den Arbeitgeber ausdrücklich auf, seiner betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht zur richtigen Eingruppierung in die im Haus bestehende tarifliche Lohn- und Gehaltsordnung vorzunehmen.

Sollte dieses nicht geschehen, wird der Betriebsrat gemäß § 101 BetrVG beantragen, der Arbeitgeberseite aufzugeben, die Zustimmung des Betriebsrates zur vorgesehenen Eingruppierung nachträglich einzuholen und den Arbeitnehmer einzugruppieren.

Wohlfahrt  
Betriebsratsvorsitzender

### **Vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG**

Vielfach wird der Arbeitgeber nach einer verweigerten Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung versuchen, Fakten zu schaffen. Er wird versuchen, in diesem Zusammenhang eine sog. vorläufige, personelle Maßnahme durchzuführen. Nach § 100 BetrVG kann der Arbeitgeber dieses nur, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Oftmals wird dabei jedoch der vorgesehene, gesetzliche Weg nicht eingehalten. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nämlich unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Der Betriebsrat muss nunmehr erneut in einer außerordentlichen Sitzung, nach Erhalt dieser Unterrichtung zusammenkommen. Er muss sich nunmehr mit der Frage auseinandersetzen, ob aus sachlichen Gründen tatsächlich eine vorläufige, personelle Maßnahme dringend erforderlich ist. Für den Fall, dass der Betriebsrat dieses anders sieht, muss er in einem weiteren Beschluss die dringende Erforderlichkeit aus sachlichen Gründen bestreiten und dieses dem Arbeitgeber unverzüglich mitteilen. Wenn dieses geschehen ist, dann darf der Arbeitgeber die vorläufige, personelle Maßnahme nur noch aufrechterhalten, wenn er seinerseits innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Zustimmungsersetzung und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

### **Vorläufige, personelle Maßnahme Karsten Mustermann**

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer XY,

Der Betriebsrat hat mit seinem Beschluss von vor acht Tagen die Zustimmung zur Einstellung des Mitarbeiters Karsten Mustermann als Krankenpfleger verweigert. Mittlerweile hat der Arbeitgeber den Betriebsrat darüber informiert, dass er eine vorläufige, personelle Maßnahme durchführt. Er begründet die dringende Erforderlichkeit der Maßnahme mit sachlichen Gründen. In der Station, auf der Herr Mustermann zum Einsatz kommen soll, besteht eine Unterbesetzung, so dass der Dienstplan nicht mehr gewährleistet ist.

Der Betriebsrat hat allerdings festgestellt, dass auf dieser Station die freiwillige Betriebsvereinbarung Arbeitszeitkürzung praktiziert wird. Die vorhandene Personalmenge wäre ausreichend, wenn die dort beschäftigten Arbeitnehmer vollumfänglich beschäftigt würden. Aufgrund der angespannten Situation hat der Arbeitgeber jedoch auf dieser Station vorübergehende Arbeitszeitverkürzungen mit Einwilligung der Arbeitnehmer durchgeführt. Im Rahmen der freiwilligen Betriebsvereinbarung ist jedoch geregelt, dass vor Neueinstellungen auf der Station erst einmal Arbeitnehmer wieder einen Anspruch auf Rückführung zu ihren alten Arbeitszeiten hätten.

Der vorliegende, betriebliche Grund ist also nicht gegeben. Es liegt keine Eilbedürftigkeit vor. Die derzeitige Unterbesetzung der Station ist also hausgemacht und schlicht und einfach auf ein Organisationsverschulden des Arbeitgebers zurückzuführen.

Der Betriebsrat bestreitet daher die dringende Erforderlichkeit aus sachlichen Gründen.

Wohlfarth  
Betriebsratsvorsitzender

### **Anrufung der Einigungsstelle zum Thema Beginn und Ende sowie Verteilung der Arbeitszeit**

Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Verteilung der Arbeit auf die einzelnen Wochentage unterliegt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Gerade bei Dienstplan- und Schichtmodellen führt der Einsatz von Mitarbeitern mit

einer anderen Wochenarbeitszeit natürlich dazu, dass das bisherige Schichtmodell nicht funktionieren kann.

Wichtig: Die Menge der wöchentlichen Arbeitszeit ist natürlich nicht mitbestimmungspflichtig, jedoch wird durch diese das Dienstplanmodell tangiert – und damit ist dieses nach § 87 I Nr. 2 BetrVG zustimmungspflichtig. Der Betriebsrat besitzt im Rahmen der sozialen Mitbestimmung auch ein Initiativrecht, so dass er für den Fall der Nichteinigung die Einigungsstelle anrufen kann.

### **TOP 5: Verstoß gegen die Betriebsvereinbarung Arbeitszeit/Einigungsstelle**

Der Betriebsrat hat festgestellt, dass die mit neuen Arbeitsbedingungen in unserem Haus beschäftigten Arbeitnehmer wegen der erhöhten Wochenarbeitszeit herangezogen werden, um kurzfristig dienstplanmäßig eingeteilte Mitarbeiter vorzeitig nach Hause zu schicken, die hierdurch Minusstunden aufbauen. Gleichzeitig werden die neuen, außerhalb des Tarifvertrages beschäftigten Kollegen nicht entsprechend dem Dienstplan im Hinblick auf Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit eingesetzt. Der Betriebsrat hatte den Arbeitgeber bereits im Hinblick auf diese Situation zu Verhandlungen über eine Betriebsvereinbarung Arbeitszeit/Dienstplangestaltung aufgefordert. Dieses hat der Arbeitgeber abgelehnt.

Der Betriebsrat fasst daher folgende Beschlüsse:

- a) Die Verhandlungen zum Thema ergänzende Betriebsvereinbarung Arbeitszeit sind gescheitert, weil der Arbeitgeber Gespräche verweigert.
- b) Der Betriebsrat ruft die Einigungsstelle an
- c) Der Betriebsrat schlägt als Einigungsstellenvorsitzenden Herrn Richter am Arbeitsgericht Köln Dr. Schlaw vor. Die Einigungsstelle soll auf jeder Seite mit 3 Beisitzern besetzt sein.
- d) Der Betriebsrat benennt als seine Beisitzer:  
BR Vorsitzenden Klaus Meyer  
Gewerkschaftssekretärin Ursula Roth  
Rechtsanwalt Bernd Dachdecker

Abstimmung:

## Verfahren nach § 101 BetrVG

Obwohl der Gesetzgeber in § 99 Abs. 4 BetrVG vorschreibt, dass der Arbeitgeber nach einer Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates selbst das Verfahren zum Arbeitsgericht auf Zustimmungsersetzung gegen den Betriebsrat einleiten muss, verhalten sich Arbeitgeber oftmals gesetzeswidrig. Sie stellen die betroffenen Personen einfach dennoch ein. Der Betriebsrat stellt dann fest, dass trotz seiner Zustimmungsverweigerung die Betroffenen doch die Arbeit aufnehmen. Diese Missachtung seiner Mitbestimmungsrechte kann ein Betriebsrat in der Regel nicht hinnehmen.

Der Gesetzgeber hat dies erkannt und deswegen in § 101 BetrVG geregelt, dass in einem solchen Fall der Betriebsrat seinerseits das Verfahren vor dem Arbeitsgericht einleiten und beantragen kann, dass die personelle Maßnahme aufgehoben wird – unter Zwangsgeldandrohung. Der Betriebsrat wird hier also zwei Beschlüsse fassen:

### TOP 4: Einleitung eines Verfahrens nach § 101 BetrVG – Aufhebung der Einstellung des Arbeitnehmers Karsten Mustermann

Der Betriebsratsvorsitzende berichtet, dass obwohl der Betriebsrat form- und fristgerecht der Einstellung des Arbeitnehmers Mustermann nicht zugestimmt hat, dieser seit 1. 4. auf der Station als Physiotherapeut beschäftigt wird. Auch eine vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG liegt nicht vor.

Antrag: Der Betriebsrat beschließt, das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht nach § 101 BetrVG auf Aufhebung der Einstellung des Arbeitnehmers Karsten Mustermann einzuleiten.

Abstimmung:

### TOP 5: Beauftragung der Rechtsanwaltskanzlei Spengler & Kollegen mit der Durchführung des Beschlussverfahrens nach § 101 BetrVG

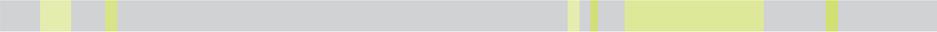
Der Betriebsrat sieht sich nicht in der Lage, dieses Beschlussverfahren bei den rechtlichen Schwierigkeiten der Materie selbst zu führen. Die Einschaltung eines Rechtsanwaltes ist daher erforderlich.

Antrag: Der Betriebsrat beauftragt die Kanzlei Spengler & Kollegen mit der Durchführung des Beschlussverfahrens zur Aufhebung der personellen Maßnahme vor dem Arbeitsgericht. Die Kosten hierfür trägt der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG.

Abstimmung:

### Wichtiger Hinweis:

Wenn es nur um die Eingruppierung, nicht um die Einstellung geht, kann die personelle Maßnahme nicht aufgehoben werden. Hier muss der Betriebsrat im Rahmen des § 101 BetrVG beantragen:



**Antrag: Der Betriebsrat beschließt, das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht nach § 101 BetrVG einzuleiten mit dem Antrag, den Arbeitnehmer Karsten Mustermann eingruppieren zu lassen, die Zustimmung des Betriebsrates zu dieser Eingruppierung zu beantragen und im Verweigerungsfalle die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen**

Verfahren nach § 101 BetrVG sind insbesondere bei befristeten Einstellungen auch im Wege der einstweiligen Verfügung möglich, da bei dem regulären Verfahren oftmals bis zum Gerichtstermin der befristete Arbeitsvertrag des betroffenen schon längst wieder ausgelaufen ist und der Arbeitgeber sonst unter Missachtung des Betriebsrates einstellen könnte wie er will.