

§ 3 Abs. 3 ArbStättV als Zustimmungsverweigerungsgrund? Stärkung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes – unterbliebene Gefährdungsbeurteilung als Zustimmungsverweigerungsgrund bei Einstellungen/Versetzungen

RA Dr. Rüdiger Helm, RA Michael Huber, München

Eine in der betrieblichen Praxis zu oft übersehene, arbeitsschutzrechtliche Norm ist § 3 Abs. 3 ArbStättV.¹ Die Bestimmung verlangt, dass vor der erstmaligen Besetzung von Arbeitsplätzen die Gefährdungsbeurteilung dokumentiert vorzuliegen hat. Trotz der eindeutigen Formulierung der Vorschrift als finaler Befehl bleibt diese Bestimmung oft unbeachtet. Die Normverletzung ist zwar sanktionsbewehrt, die effektive Kontrolle ihrer Einhaltung durch die zust. Ordnungsbehörden befindet sich jedoch noch im Aufbau. Das BAG wird sich mit der Frage befassen, ob § 3 ArbStättV BR ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG gibt.

I. Zustimmungsverweigerung gem. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG – Verstoß gegen zwingendes Gesetzesrecht

Ein BR hatte folgende Überlegung angestellt: § 3 Abs. 3 ArbStättV verlangt, dass Beschäftigte auf Arbeitsplätzen erst eingesetzt werden, wenn die Gefährdungsbeurteilung vollständig durchgeführt ist. Vollständig ist sie nach dieser Norm nur, wenn sie einschließlich der abzuleitenden Maßnahmen dokumentiert ist. § 3 Abs. 3 ArbStättV gibt neben diesen inhaltlichen Anforderungen die die erstmalige Gefährdungsbeurteilung zu erfüllen hat, auch die Reihenfolge zwischen der Erstbeurteilung und der tatsächlichen Zuweisung von Tätigkeiten an Beschäftigte fest: »Der AG hat die Gefährdungsbeurteilung unabhängig von der Zahl der Beschäftigten vor Aufnahme der Tätigkeiten zu dokumentieren.« Wenn entgegen dieser Norm Beschäftigte auf einem Arbeitsplatz erstmals eingesetzt werden sollen, ohne dass zuvor die Gefährdungsbeurteilung für diesen Arbeitsplatz durchgeführt wurde, so verstößt dies gegen § 3 Abs. 3 S. 1 ArbStättV, welche dem Schutz der Gesundheit der Beschäftigten zu dienen bestimmt ist. Dann liegt auch ein Zustimmungsverweigerungsgrund gem. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG vor, denn der Zielsetzung der gesetzlichen Vorschrift – präventiver Schutz der Beschäftigten vor allen denkbaren Gefährdungen – kann man nur gerecht werden, wenn die Stelle so lange nicht besetzt wird, bis den Vorgaben des Gesetzgebers Genüge getan ist. Der BR hat deshalb der Erstbesetzung von Arbeitsplätzen in 2 Fällen gem. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG seine Zustimmung verweigert, da er in der Missachtung des § 3 Abs. 3 ArbStättV einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erkannte. Der AG hat arbeitsgerichtlich beantragt, die Zustimmung des BR zu ersetzen. Nach stattgebenden Entscheidungen des LAG² sind die Verfahren im 3. Rechtszug anhängig.³

II. Der Normzweck des § 3 Abs. 3 S. 1 ArbStättV kann nur durch das Verbot der normwidrigen Stellenbesetzung erreicht werden

Nicht jeder Gesetzesverstoß rechtfertigt eine Zustimmungsverweigerung. Nur wenn eine Norm explizit der Maßnahme entgegensteht, ist eine Zustimmungsverweigerung auch beachtlich. Solange nur einzelvertragliche Modalitäten betroffen sind, soll die Zustimmungsverweigerung dagegen unbeachtlich sein.

1. Die Zuweisung des Arbeitsplatzes als Beurteilungsgegenstand

Die Vorinstanzen waren der Auffassung, dass § 3 Abs. 3 ArbStättV zwar die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung und deren Dokumentation vor Aufnahme der Tätigkeit vorsehe, die personelle Einzelmaßnahme hiervon aber nicht berührt sei, da diese noch nicht den tatsächlichen Einsatz bedeute.⁴ Diese Argumentation geht fehl. Die Stellenbesetzung als arbeitsrechtlicher Vorgang kann aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden, zwischen denen zu differenzieren ist:

(1) Die individualvertragliche Ebene betrifft die vertragsrechtliche Grundlage der Stellenbesetzung. Hier geht es um die schuldrechtliche Befugnis des AG, dem AN eine Tätigkeit zuzuweisen, also den Aufgabenbereich des AN nach Art, Ort und Umfang der Tätigkeit zu bestimmen.

(2) Auf der tatsächlichen Ebene geht es um die Versetzung als tatsächliche Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs.

(3) Auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene geht es um die Beteiligung des BR bei der Stellenbesetzung im Rahmen der Vorgaben der §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG als tatsächliche Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs.

Das Mitbestimmungsrecht knüpft daher nicht an die zugrunde liegende schuldrechtliche Vertragsbestimmung als Rechtsgeschäft, sondern an die tatsächliche Zuweisung eines des anderen Arbeitsbereichs als Realakt an.⁵ Dabei ist der Arbeitsbereich, der mit der neuen Aufgabe eingenommen wird, nicht unter Abstrahierung vom Vertragsinhalt zu interpretieren. Mitbestimmungstatbestand ist dabei nicht der Inhalt des Arbeitsvertrags, sondern die erstmalige Stellenzuweisung als Einstellung oder Versetzung.⁶ Der Inhalt der Arbeitsvertrags-

¹ Arbeitsstättenverordnung.

² LAG München 6.12.11, 6 TaBV 67/11, LAG München 30.11.11, 11 TaBV 62/11.

³ BAG 7 ABR 1/12 und BAG 7 ABR 48/12.

⁴ LAG München 30.11.11, 11 TaBV 62/11.

⁵ Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 120.

⁶ Richardi, BetrVG § 99 Rn. 186.

normen und damit die Frage, ob die Parteien die individualvertraglich begründeten Verpflichtungen tatsächlich einhalten, ob betroffene Beschäftigte die zugewiesene Arbeitsstelle antreten müssen, bzw. ob AG eine neue oder geänderte Stelle auch tatsächlich zur Verfügung stellen (dürfen), ist von dem Vorliegen einer der Maßnahme entgegenstehenden Norm getrennt zu betrachten. Andernfalls könnte man letztlich in allen Fällen des § 99 Abs. 2 BetrVG die Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung allein durch In-Aussicht-Stellen eines möglichen Vertragsbruches als hypothetischen Kausalverlauf bejahen. Aufgabe des BR gem. § 99 BetrVG ist die Mitbeurteilung von personellen Einzelmaßnahmen vor deren Umsetzung. Immer zu prüfen ist dabei das Arbeitsschutzrecht als Pflichtaufgabe des BR (§ 89 BetrVG). Dies gebieten schon die durch diesen geschützten Rechtsgüter. Diesen Zweck verfolgt auch die zeitliche Vorgabe des § 3 Abs. 3 Satz 1 ArbStättV, indem diese ausnahmslos bestimmt, dass die Gefährdungsbeurteilung vor der erstmaligen Aufnahme einer Tätigkeit dokumentiert vorliegen muss. Der Zustimmungsverweigerungsgrund gem. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG kommt immer dann in Betracht, wenn zwingendes Gesetzesrecht der personellen Einzelmaßnahme entgegensteht, die Maßnahme als solche somit normwidrig ist.⁷ Der hier streitgegenständliche Vorgang ist die erstmalige tatsächlich Zuweisung einer Tätigkeit auf einen Arbeitsplatz, obwohl die nach dem ArbSchG⁸ geforderte nach § 3 Abs. 3 S. 1 ArbStättV im Voraus durchzuführende und zu dokumentierende Gefährdungsbeurteilung fehlt.

2. Keine »nachträgliche« Prävention

Die Vorinstanzen vertraten die Auffassung, ein Verstoß gegen die zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben des § 3 Abs. 3 ArbStättV stehe einer personellen Einzelmaßnahme auch deshalb nicht entgegen, da man auch nach der tatsächlichen Aufgabenübertragung noch auf etwaige Defizite reagieren könne. Der BR sei insbes. gehalten, sein Initiativrecht im Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG gegenüber dem AG geltend zu machen um auf den Abschluss einer Betriebsvereinbarung mit dem Regelungsgegenstand der Gefährdungsbeurteilung hinzuwirken.⁹

Diese Auffassung stellt sich als arbeitsschutzrechtlich systemwidrig und bei Betrachtung des ArbSchG und der zeitlichen Vorgabe des § 3 Abs. 3 ArbStättV als eine Argumentation »contra legem« dar. Der präventive Schutzansatz des ArbSchG ist nicht davon abhängig, dass die Betriebsparteien zunächst betriebliche Regelungen aufgestellt haben, und hängt darüber hinaus sicher nicht davon ab, ob der BR von seinem Initiativrecht Gebrauch gemacht hat. Das BAG betont, dass der AG zur Erfüllung seiner Rechtspflichten sein Initiativrecht nutzen und auf den BR zutreten muss.¹⁰ § 5 ArbSchG i. V. m. § 3 ArbStättV definiert die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung als Verpflichtung des AG. Das ArbSchG folgt hier einem Konzept der öffentlich-rechtlich überwachten Privatverantwortung. Das ArbSchG ist seit 1996 zwingend zu beachten. Bei Erfüllung seiner Handlungspflicht hat der AG die Initiative zu ergreifen, um die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG zu erfüllen und rechtskonform seinen Arbeitsschutzpflichten nachzukommen.¹¹

Der AG hat als Normadressat des ArbSchG die rechtzeitige Umsetzung des ArbSchG sicherzustellen. Vor Aufnahme der Tätigkeit muss die Gefährdungs- und Belastungsanalyse durchgeführt und dokumentiert sein. Dieser gesetzliche Schutzauftrag kann nicht im Wege des Verweizens auf das Initiativrecht des BR verlagert werden. Auch ist nicht die Betriebsvereinbarung – die in dem betr. Betrieb durchgesetzt werden konnte – Grund für die Verpflichtung zur Durchführung der

Gefährdungsbeurteilung und deren Zeitpunkt, diese Pflichten ergeben sich vielmehr aus gesetzlichen Bestimmungen, aus dem ArbSchG und seinen Nebengesetzen. Das ArbSchG besteht seit 1996. Die ArbStättV wurde im Sommer 2010 in § 3 neu gefasst. Danach ist der maßgebliche Zeitpunkt zu dem die Verpflichtung alle Arbeitsplätze arbeitsschutzrechtlich zu bewerten besteht, nicht wie das LAG München meint,¹² der Zeitpunkt des Inkrafttretens einer ev. langwierig verhandelten Betriebsvereinbarung, sondern der des Inkrafttretens des Gesetzes. Würde man auf das Zustandekommen einer auf Initiative des BR aufgestellten Betriebsvereinbarung abstellen, die wie hier nach gerichtlicher Durchsetzung der Einigungsstelle langwierig verhandelt werden musste, würden AG privilegiert, bei denen die Grundsätze der Gefährdungsbeurteilung langwierig durchgesetzt werden müssten. Ein solcher zeitlicher Aufschub für das Inkrafttreten der Verpflichtung zur Gefährdungsbeurteilung mit ihren 3 Schritten (Gefährdungsermittlung, Risikobewertung und Maßnahmenableitung) widerspricht dem Gesetzeswortlaut.

Wann eine Gefährdungsbeurteilung »rechtzeitig« erfolgt ist, hat der Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 ArbStättV verbindlich festgelegt, dies ist vor Aufnahme der Tätigkeit. Eine Ausnahme zur verpflichtenden Durchführung der erstmaligen vorherigen Gefährdungsbeurteilung sehen weder ArbSchG noch ArbStättV vor. Zur Funktion der Gefährdungsbeurteilung als entscheidende Grundlage für die Gesundheit und die Sicherheit der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben einer Arbeitsstätte hat sich das BAG wiederholt geäußert. »Mit der Gefährdungsbeurteilung fängt der Schutz der Gesundheit als der körperlichen und geistig-psychischen Integrität des AN an.«¹³ »Der Individualschutz des AN beginnt schon mit dem Beurteilungsprozess, nicht erst dort, wo der Planungsprozess mit der Entscheidung darüber endet, ob und erforderlichenfalls welche konkreten Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind.«¹⁴

III. Der gesundheitsschutzrechtliche Gefährdungsbegriff wurde von den Vorinstanzen verkannt

Vorinstanzlich wurde den BR entgegengehalten, es seien keine konkreten technischen Gefährdungen vorgetragen worden, die eine Gefährdungsbeurteilung erforderlich machten. Daher fehle es an einem Anknüpfungspunkt für die Zustimmungsverweigerung. Diese Argumentation übersieht, dass die Gefährdungsbeurteilung ganzheitlich ist, also physische wie psychische und eben nicht nur technische Gefahren und deren Wechselwirkung erfasst. Sie übersieht Zweck und Stellung der Gefährdungsbeurteilung im Arbeitsschutzrecht als entscheidende Grundlage für die Bewertung der Gesundheit und die Sicherheit der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben einer Arbeitsstätte. Folgerichtig kommt es nicht darauf an, welche Gefährdungen die Betriebsparteien in den Mittelpunkt ihrer Diskussion stellen bzw. auf welche Gefahren sich der BR in seiner Zustimmungsverweigerungs-

7 BAG 27.10.10, 7 ABR 36/09.

8 Arbeitsschutzgesetz.

9 LAG München 30.11.11, 11 TaBV 62/11, Rn. 56.

10 BAG 12.8.08, 9 AZR 1117/06, Rn. 32, AuR 08, 311, 360.

11 BAG 12.8.08, 9 AZR 1117/06, Rn. 32.

12 LAG München 30.11.11, 11 TaBV 62/11, Rn. 56.

13 BAG 12.8.08, 9 AZR 1117/06, Rn. 23.

14 BAG 12.8.08, 9 AZR 1117/06, Rn. 23.

begründung konkret beruft. Vielmehr muss hier gerade ein Ergebnis- und bedingungsöffener Prozess zur Risikoermittlung, Risikobeurteilung und Maßnahmenableitung einschließlich dessen Dokumentation eingeleitet sein. Die LAG gingen von dem im Zusammenhang mit dem ArbSchG nicht anzuwendenden überholten Gefahrenbegriff aus und kamen so zu der fehlerhaften Annahme, dass der BR Gefahren konkret benennen müsse, bevor ein Gesetzesverstoß iSd. § 99 Abs. 1 BetrVG aus der unterbliebenen Gefährdungsbeurteilung abgeleitet werden kann. Richtigerweise ist der Anwendungsbereich des ArbSchG mit seinem präventiven Schutzansatz bei Vorliegen von möglichen Gefährdungen, also potentiellen Risiken eröffnet. Anders als der polizeirechtliche Gefahrenbegriff setzt der Gefährdungsbegriff des ArbSchG nicht voraus, dass bereits konkrete Gefahren vorliegen. Die Gefährdungsbeurteilung dient vielmehr der Realisierung des präventiven Arbeitsschutzes im Betrieb und damit der weitestmöglichen Risikovermeidung, die der AG als Normadressat im Rahmen eines sorgfältigen von der ArbStättV konkretisierten betrieblichen Verfahren zu gewährleisten hat. Erfüllt der AG seine Pflicht zum präventiven Arbeitsschutz nicht, verletzt er das ArbSchG und für den hiesigen Zusammenhang auch die ganz praktischen inhaltlichen und zeitlichen Vorgaben des § 3 ArbStättV. Die Gefährdungsbeurteilung ist die entscheidende Grundlage für die Gewährleistung der Gesundheit und der Sicherheit der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben einer Arbeitsstätte. Bereits § 5 Abs. 3 Ziffer 1 ArbSchG benennt explizit die Gestaltung und die Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes als mögliche Quelle von Gefährdungen. Weiterhin können Gefährdungen aus der Gestaltung des Arbeitsprozesses (§ 5 Ziffer 4 ArbSchG) sowie einer unzureichenden Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten resultieren (§ 5 Ziff. 5 ArbSchG).¹⁵ Hervorzuheben sind im Hinblick auf sich verändernde Gefährdungen für Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten deshalb insbes. psychische, dh. psychosoziale und psychomente Belastungen.

IV. Kein anderes geeignetes Mittel zur Gewährleistung der gesetzlich vorgesehenen Prävention

Der BR ist zwar nach § 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG berechtigt und verpflichtet, die Aufsichtsbehörden zu informieren, wenn Arbeitszeitschutzbestimmungen im Betrieb verletzt werden und er sich innerbetrieblich kein Gehör verschaffen kann. Im Falle des § 3 Abs. 3 ArbStättV ist ein solches Vorgehen aber nicht effektiv, da hier nur ein nachträgliches Reagieren ermöglicht wird, während die Vorschrift gerade den präventiven Schutz zeitlich vor der erstmaligen Besetzung des Arbeitsplatzes sicherstellen möchte. Auch die Strafvorschriften des § 9 ArbStättV ermöglichen nur eine nachträgliche Sanktion von in der Vergangenheit begangenen gesetzwidrigen Verhalten. Der Individualanspruch gem. § 618 BGB schützt die Beschäftigten nicht ausreichend und ersetzt nicht deren Aufgabe zur Mitbeurteilung aus § 99 BetrVG. Vor Aufnahme der Tätigkeiten ist einem einzelnen AN die Erkennung von potentiellen Gefahrenquellen idR. praktisch unmöglich. Ein Leistungsverweigerungsrecht lässt sich zwar juristisch begründen, ist aber praxisfern und ersetzt die Aufgabe des BR auf Mitbeurteilung nach § 99 BetrVG nicht. Schon die Grundüberlegung, dass ein Zustimmungsverweigerungsrecht wegen einer Normverletzung davon abhängig sein soll, dass alternative Durchsetzungsmöglichkeiten für eine Norm bestehen, erschließt

sich nicht. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG kennt neben der Normwidrigkeit einer personellen Einzelmaßnahme keine weitere Voraussetzung für einen Zustimmungsverweigerungsgrund. Letztlich wäre es auch lebensfremd anzunehmen, dass AN, vor allem bevor sie überhaupt die Tätigkeit aufgenommen haben oder während der Probezeit, sich trauen, gem. § 618 BGB gerichtlich gegen den AG vorzugehen. Es ist hinreichend bekannt, vor welchen Durchsetzungsproblemen der einzelne AN im laufenden Arbeitsverhältnis (ganz besonders in der Probezeit oder im befristeten Arbeitsverhältnis) steht. Davor soll ihn aber § 99 Abs. 2 Ziffer 1 BetrVG gerade verschonen. Hierunter müssen deshalb alle Rechtsverstöße fallen, auf Grund deren der AN faktisch die Arbeit unter vorschriftswidrigen Bedingungen aufnehmen muss.¹⁶

Das LAG erkennt, dass nicht erst dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung entgegenstehende Stellenbesetzungen unterbleiben sollen. Dies widerspräche dem präventiven Ansatz und Zweck des neuen Arbeitsschutzrechts. Anknüpfungspunkt von § 3 Abs. 3 ArbStättV iVm. dem ArbSchG ist vielmehr, dass es keine nicht auf Risiken geprüfte Arbeitsplätze geben darf. Der Gesetzgeber begreift das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, also die Maßnahmenfestsetzung nicht als starr, sondern als einen an die technische und arbeitswissenschaftliche Entwicklung und den betrieblichen Erkenntnisgewinn sich anpassenden permanenten Verbesserungsprozess, vgl. § 3 Abs. 1 ArbSchG. Die normativ »harte Schwelle« bildet die Pflicht zur Durchführung der Gefährdungsbeurteilung und die Befolgung des Gebots, die »Augen offen zu halten« und im Betrieb einen Prozess der Risikoerkennung zu verfolgen. Die dokumentierte vorherige (Erst-)Gefährdungsbeurteilung belegt, dass der AG seiner Verpflichtung aus dem ArbSchG gerecht wird. Fehlt sie, ist der AG seiner Verpflichtung zur Gefährdungsvermeidung und damit seiner öffentlich-rechtlich überwachten Privatverantwortung zum Schutz der Gesundheit der Beschäftigten nicht nachgekommen.

Das LAG *Mecklenburg-Vorpommern* hat entschieden, dass bei Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften der BR die Zustimmung zur Versetzung zumindest dann verweigern kann, wenn der Normverstoß unbehebbar ist oder der Verstoß so schwer wiegt, dass die Aufnahme der Tätigkeit an diesem Arbeitsplatz nicht hinnehmbar ist.¹⁷

Dieser Rspr. kann nur eingeschränkt gefolgt werden. Sie erkennt richtig die mögliche Beachtlichkeit einer auf die Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften gestützten Zustimmungsverweigerung. Soweit das LAG *Mecklenburg-Vorpommern* aber für ein Durchgreifen der Zustimmungsverweigerung eine fehlende Behebbarkeit des Mangels verlangt, übersieht es, dass es darauf nicht ankommen kann. Ist der Mangel behebbar, kann der Zustimmungsverweigerungsgrund später, zB. bei einer erneuten Antragstellung nach Beseitigung der Störung, entfallen sein. Dies ist keine dem Sinn und Zweck des § 99 BetrVG unbekannt Konstellation. Gerade der Zustimmungsverweigerungsgrund »Unterbliebene Stellenausschreibung« hat einen behebbaren Gesetzesverstoß zum Gegenstand. Aber auch wenn man die Überlegungen des LAG *Mecklenburg-Vorpommern* teilt, wären die Voraussetzungen der vorzitierten Rspr. erfüllt, denn der Normverstoß gegen § 3 Abs. 3 ArbStättV ist nachträglich nicht mehr behebbar. Der tatsächliche Vollzug des Beschäftigungsverhältnisses kann nicht rückabgewickelt werden. Beschäftigten, die die Tätigkeit aufnehmen, ohne dass der AG zuvor für den Arbeitsplatz die Gefährdungsbeurteilung durchgeführt hat, geht der umfassende präventive Schutz, den die Vorschrift bezweckt, unwiederbringlich für jeden Tag, an dem die Be-

¹⁵ Pieper, ArbSchR, § 3 ArbStättV, Rz. 1 ff.

¹⁶ DKKW-Bachner, BetrVG, § 99 Rz.173 a.

¹⁷ LAG *Mecklenburg-Vorpommern* 31.3.09, 5 TaBV 13/08.

schäftigung auf dem Arbeitsplatz erfolgt, verloren. Der gleichzeitig auch kollektive Schutzansatz des Arbeitsschutzrechts des möglichst gefahrungsfreien Betriebes kann nicht rückwirkend erfüllt werden. Der Schutzzweck der Norm kann daher nicht anders als durch das gänzliche Unterlassen der Maßnahme gesichert werden, solange die Gefährdungsbeurteilung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Nicht arbeitsschutzrechtlich beurteilte Arbeitsplätze soll es nach dieser Norm gerade nicht geben. Der präventive Arbeitsschutzansatz des Gesetzes geht weit über einen nur auf Nachsorge festgelegten und mit sekundären Mitteln agierenden Ansatz hinaus. Dies verkennt das LAG, wenn es darauf verweist, dem Zweck der Vorschrift könne auch dadurch Rechnung getragen werden, dass nach Aufnahme der Tätigkeit eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wird.

V. Verbotsgesetz

§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bezieht sich nicht nur auf ausdrückliche gesetzliche Verbote. In seiner Entscheidung zu § 3 Abs. 1 Ziff. 6 AÜG a. F. v. 28.9.1988¹⁸ hat das BAG herausgearbeitet, dass Verstöße auch gegen Normen eine Zustimmungsverweigerung rechtfertigen, wenn an diese keine ausdrückliche arbeitsrechtliche Unwirksamkeit geknüpft ist, die Bestimmung aber deutlich macht, dass eine normwidrige Beschäftigung an sich nicht gewollt ist. Die Anerkennung eines Zustimmungsverweigerungsrechts des BR bei Verletzung einer solchen Norm widerspricht nicht der Rspr. des BAG zur Beteiligung des BR bei befristeten Einstellungen. »Bei einer befristeten Einstellung ist nicht die Einstellung als solche einem gesetzlichen Verbot unterworfen, sondern allenfalls erst die vorgesehene Art der späteren Auflösung des Arbeitsverhältnisses«¹⁹ Dagegen will Art. 3 Abs. 3 ArbStättV die Beschäftigung überhaupt nur auf arbeitsschutzrechtlich beurteilten Arbeitsplätzen gestatten. Daher verstößt die arbeitsschutzrechtswidrige Beschäftigung als solche gegen das ArbSchG und § 3 Abs. 3 ArbStättV, d. h. gegen ein Gesetz iSv. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG, wenn ein tatsächlicher Einsatz auf einem nicht beurteilten Arbeitsplatz erfolgen soll. Entscheidend ist, dass das Gesetz nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Normzweck bestimmte Verhaltensweisen von AG wegen ihrer nachteiligen arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Wirkungen ausschließen will.²⁰ Zweck der Gefährdungsbeurteilung und des ArbSchG ist die weitestgehende Gefährdungsvermeidung und durch die Verbetrieblichung des Arbeitsschutzes die Verpflichtung des AG, maßnahmenorientiert aktiv im Wege eines, mit einem Qualitätsmanagement vergleichbaren, als Querschnittsaufgabe ausgestalteten Arbeitschutzmanagements sich aktiv gefahrungsvermeidend zu verhalten. Der Einstieg in eine solche arbeitsschutzrechtskonforme Gestaltung

der Arbeitsplätze ist die erstmalige vorherige Gefährdungsbeurteilung. Sie ist Teil der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung des AG. Tätigkeitszuweisungen ohne diese Voraussetzung will das Arbeitsschutzrecht unterbinden. Diese Vorgabe richtet sich unmittelbar gegen die erstmalige Tätigkeitszuweisung, also die tatsächlich Aufgabenübertragung, die auch Gegenstand der personellen Einzelmaßnahmen Einstellung und Versetzung ist.

VI. Ergebnis

Durch das ArbSchG, konkretisiert durch § 3 Abs. 3 ArbStättV, wonach die Gefährdungsbeurteilung vor Aufnahme der Tätigkeit durchzuführen und zu dokumentieren ist, stellt der Gesetzgeber sicher, dass den Schutzgütern Leben und Gesundheit der Beschäftigten der bestmögliche, präventive Schutz zukommt. Daher muss der zu besetzende Arbeitsplatz bereits vor Aufnahme der Tätigkeit einer Beurteilung nach arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften unterzogen worden sein. Kern des Präventionsgedankens ist vorausschauende Problemvermeidung und nicht nachträglicher Schadensausgleich. Daher steht die Verletzung des § 3 Abs. 3 ArbStättV einer Besetzung des nicht präventiv beurteilten Arbeitsplatzes zwingend entgegen. Ziel der Bestimmung ist es, wie der Wortlaut unterstreicht, verbindlich sicherzustellen, dass die zwingend durchzuführende erstmalige Gefährdungsbeurteilung abschließend durchgeführt ist, bevor Beschäftigte die Tätigkeit aufnehmen. Eine fehlende vorherige Gefährdungsbeurteilung könnte Haftungsrisiken erhöhen. Denn wenn Arbeitsumstände zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung führen, die mit der Gefährdungsbeurteilung vermieden worden wären, also ein Schaden eintritt, der durch die Gesetzesanwendung nicht eingetreten wäre, dürfte grobe Fahrlässigkeit gegeben sein. Grobe Fahrlässigkeit ist eine der Voraussetzungen für Regressansprüche nach § 110 SGB VII. Eine im Einzelfall nachzuweisende Haftung erreicht aber noch nicht die Prävention. Die Durchsetzung des gesetzgeberischen Ziels der Prävention wäre gewährleistet, wenn man dem nach § 89 BetrVG dem Arbeits- und Gesundheitsschutz verpflichteten BR die Kontrollmöglichkeit im Wege der (beachtlichen) Zustimmungsverweigerung gem. § 99 Abs. 2 Ziffer 1 BetrVG ermöglicht. Der präventive Arbeitsschutzansatz des in Umsetzung der RL 89/391/EWG eingeführten ArbSchG kann so effektiver gewährleistet werden. Die effektive innerstaatliche Umsetzung des Unionsrechts (effet utile) ist ein notwendiges Element des europäischen Normsetzungsprozesses.

¹⁸ BAG 28.9.1988, 1 ABR 85/87.

¹⁹ BAG 28.9.1988, 1 ABR 85/87, Rn. 25.

²⁰ DKKW-Bachner, BetrVG § 99 Rn. 194.

Bericht aus Berlin

(Berichtszeitraum: Juni / Juli 2013)

1. Rot-Grün plant Mindestlohn

SPD und Grüne wollen im Falle eines Wahlsieges ihre Pläne für einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn zum 1.2.2014 in Kraft setzen. Das kündigten Kanzlerkandidat Peer Steinbrück und die Spitzenkan-

didatin der Grünen, Katrin Göring-Eckhardt, an. Der Termin zeige, dass eine rot-grüne Regierung dem Mindestlohn höchste Priorität geben werde, zugleich aber »bewusst Spielräume für eine angemessene Prüfung« des Vorhabens lassen wolle. Theoretisch wäre nach den parl. Zeitplänen auch eine Umsetzung zum 1. Januar möglich. SPD und Grüne erwarten, dass ein Mindestlohn die Ausgaben für Hartz-IV-Aufstocker deutlich unter das heutige Niveau von 11 Mrd. € senkt. Zudem halten sie zusätzliche Konsumausgaben von 19 Mrd. € im Jahr für möglich. Steinbrück zitierte eine Gewerkschaftsstudie, wonach die Konsumenten mit einem Mindestlohn jährlich 19 Mrd. € mehr zur