

Entscheidungen kommentiert

Mitbestimmung bei Führungskräfteinsatz in Matrix-Organisation

§ 99 BetrVG

Eine Einstellung i. S. v. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt auch vor, wenn ein Arbeitnehmer, der seinen Dienstsitz in einem bestimmten Betrieb des Unternehmens hat und dort regelmäßig tätig ist, zum Vorgesetzten von unternehmensangehörigen Arbeitnehmern eines anderen Betriebs bestellt und durch die Wahrnehmung dieser Führungsaufgaben (auch) der arbeitstechnische Zweck dieses anderen Betriebs verwirklicht wird.

**BAG, Beschluss vom 12.6.2019 –
1 ABR 5/18**

PROBLEMPUNKT

Betriebsverfassungsrechtlich war das Telekommunikationsunternehmen der Arbeitgeberin in einen zentralen Betrieb und mehrere regionale Betriebe gegliedert. Für den Bereich „Standard Fulfillment“ TK wurde im Januar 2017 ein neuer Bereichsleiter, Dr. K, ernannt, der organisatorisch der Zentrale zugeordnet war. Ihm unterstellt war u. a. der Abteilungsleiter TKP am Standort R, der in die Zuständigkeit des Betriebsrats für die Region West fiel.

Die Arbeitgeberin hörte zur Versetzung von Dr. K, der zuvor eine Tätigkeit in der Betriebszentrale ausgeübt hatte, den Betriebsrat der Zentrale an. Dieser hatte auf eine grundsätzlich notwendige Stellenausschreibung aufgrund der bestehenden GBV-Stellenausschreibung 1992 verzichtet. Zusätzlich zu dem Betriebsrat der Zentrale hörte die Arbeitgeberin per E-Mail am 18.1.2017 den Betriebsrat Region West zur „Versetzung“ des neuen Bereichsleiters an, weil die Zuweisung der Führungsfunktion gegenüber dem Abteilungsleiter TKS am Standort R möglicherweise als Einstellung in den Betrieb West zu werten sei. Die Anhörung enthielt den Hinweis, dass Mitarbeiter des Bereichs TK ihren Dienstsitz in R hätten und der Betriebsrat der Zentrale der Versetzung zugestimmt habe. Der Betriebsrat der Region

West verweigerte mit E-Mail vom 19.1.2017 seine Zustimmung mit der Begründung, es bedürfe einer internen Stellenausschreibung (§ 93 BetrVG) und es liege ein Verstoß gegen die GBV-Stellenausschreibung vor (§ 99 Abs. 2 Nr. 1, 5 BetrVG). Der Arbeitgeber beantragte die Zustimmungsersetzung. Das ArbG Düsseldorf hielt den Antrag für unzulässig, das LAG Düsseldorf für unbegründet.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG ersetzte die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Arbeitnehmers Dr. K als Bereichsleiter TK in der Betriebsstätte R der Region West. Das Unternehmen beschäftigt mehr als 20 Arbeitnehmer. Dr. K wird durch die Übertragung der Vorgesetztenfunktion gegenüber dem in der Betriebsstätte R tätigen Abteilungsleiter TKP auch in den Betrieb West eingestellt. Eine Einstellung i. S. d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt vor, wenn eine Person in den Betrieb eingegliedert wird, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Die für eine Einstellung erforderliche Eingliederung in die Betriebsorganisation erfordert nicht, dass der Arbeitnehmer seine Arbeiten auf dem Betriebsgelände oder innerhalb der Betriebsräume verrichtet (BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 59/14, AuA 11/17, S. 678). Entscheidend ist vielmehr, ob der Arbeitgeber mithilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zweck des jeweiligen Betriebs verfolgt. Bei der Beurteilung, ob ein Beschäftigter in einen Betrieb eingegliedert ist, steht dem Beschwerdegericht ein Beurteilungsspielraum zu, den das LAG Düsseldorf vorliegend nicht verletzt hat. Dr. K ist aufgrund seiner Funktion als Vorgesetzter des Leiters der Abteilung TKP in die Arbeitsprozesse dieser Abteilung eingebunden. Er „führt“ Herrn T – und damit mittelbar die in der Betriebsstätte R beschäftigten Arbeitnehmer der Abteilung TKP – und ist ihm gegenüber weisungsberechtigt, womit er in die Erfüllung der im Betrieb R bzw. West zu erledigenden operativen Aufgaben eingebunden ist.

Unerheblich für die Annahme einer Eingliederung ist nach dem BAG, wie häufig die zur Verwirklichung des Betriebszwecks durchgeführten Tätigkeiten erfolgen oder wie viel Zeit sie in

Anspruch nehmen. Anders als bei einer Versetzung (§ 95 Abs. 3 BetrVG) lassen sich dem BetrVG keine quantitativen oder qualitativen Vorgaben für die zu erbringenden Tätigkeiten, die eine Eingliederung begründen, entnehmen. Dass Dr. K bereits in den Betrieb der Zentrale eingegliedert ist, steht der Annahme, er werde durch die Wahrnehmung von Vorgesetztenfunktionen auch in den Betrieb West eingegliedert, nicht entgegen. Denn dem BetrVG lässt sich nicht entnehmen, dass eine Einstellung i. S. v. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und damit eine Eingliederung nicht gleichzeitig in mehreren Betrieben möglich sein kann. Ob dies zwangsläufig zur Folge hat, dass der betroffene Arbeitnehmer auch in allen Betrieben wahlberechtigt bzw. wählbar ist und bei der Ermittlung von betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten mitzählt, musste das BAG hier nicht entscheiden. Damit ist weder eine „Ausweitung“ des Mitbestimmungstatbestands nach § 99 Abs. 1 BetrVG noch ein ungerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit (Art. 12 GG) verbunden.

Das BAG ersetzte die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Dieser war ordnungsgemäß vom Arbeitgeber informiert worden. Zuständig für die Zustimmung zur Einstellung in R war allein der Betriebsrat West und nicht der Gesamtbetriebsrat. Der Betriebsrat hatte die Zustimmung auch frist- und formgerecht per E-Mail und ausreichend begründet verweigert. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG liegt aber nicht vor, denn dieser setzt eine bereits vorhandene oder eine vom Arbeitgeber geschaffene neue Stelle im Betrieb voraus (Fitting, 29. Aufl., § 93 BetrVG, Rdnr. 5). Daran fehlt es dem BAG. Die Arbeitgeberin hat im Betrieb West weder einen neuen Arbeitsplatz für Dr. K geschaffen noch einen dort schon vorhandenen neu besetzt. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wegen Verstoß gegen § 2 GBV-Stellenausschreibung scheidet schon deshalb aus, weil die Arbeitgeberin nicht verpflichtet war, die Position des Bereichsleiters TK auszuschreiben. Erforderlich war lediglich die Zustimmung „des örtlichen Betriebsrats“ und nicht aller im Unternehmen gebildeten Betriebsräte. Zuständig war hierfür der Betriebsrat der Zentrale. Dieser hatte auf die Ausschreibung verzichtet.

KONSEQUENZEN

Es handelt sich um die erste Entscheidung des BAG zum Einsatz von Führungskräften in Matrixorganisationen, die Klarheit in dieser wichtigen, umstrittenen (vgl. Bittmann/Weise, DB 2018, S. 2114; LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.5.2014 – 4 TaBV 7/13) und bisher höchstrichterlich ungeklärten Frage schafft.

! PRAXISTIPP

Bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) in der Matrixstruktur ist genau darauf zu achten, in welchem Betrieb i. S. d. BetrVG die Entscheidung Auswirkungen zeigt. Im Zweifel sind alle infrage kommenden Betriebsräte zu beteiligen, da es dem Arbeitgeber obliegt, den „richtigen“ Betriebsrat einzubinden und im Falle der ordnungsgemäßen Ablehnung die Zustimmungsetzung zu beantragen.

RA Volker Stück, Bonn

Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs

§§ 1, 3, 4, 7, 13 BUrlG

- 1. Das Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs nach §§ 1, 3 BUrlG erfordert grundsätzlich allein das generelle Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Eine auch tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer wird indes nicht vorausgesetzt.**
- 2. Bei der Berechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs kann die Gewährung von unbezahltm Sonderurlaub gleichwohl mindernd zu berücksichtigen sein.**
- 3. Eine insoweit anspruchsmindernde Berücksichtigung von entsprechenden Zeiträumen unbezahlten Sonderurlaubs wird allerdings nicht bereits durch den konkreten Wortlaut des § 3 Abs. 1 BUrlG indiziert, sondern gebietet sich vielmehr anhand einer am Sinn und Zweck orientierten Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.**
- 4. Für etwaige Zeiträume eines allein auf Wunsch des Arbeitnehmers vereinbarten unbezahlten Sonderurlaubs entsteht demnach regelmäßig kein gesetzlicher Urlaubsanspruch.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 19.3.2019 – 9 AZR 315/17

○ PROBLEMPUNKT

Der Begriff „Sabbatical“ erfreut sich als ein vielfach zitiertes Synonym für eine temporäre Auszeit vom beruflichen Alltag zumindest in der medialen Berichterstattung über die Errungenschaften der modernen Arbeitswelt einer ungebremsen Beliebtheit. Eine einfachgesetzliche Legaldefinition des Sabbaticals existiert hierzu-

lande augenscheinlich nicht – mit inhaltlich teils sehr unterschiedlich nuancierten Ausprägungen handelt es sich gleichwohl recht häufig um einen individualvertraglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten unbezahlten Sonderurlaub. Im betrieblichen Alltag kann die Gewährung von unbezahltm Sonderurlaub aufgrund einer Vielzahl zu beachtender rechtlicher Aspekte indes mannigfaltige Fallstricke zeitigen – insbesondere die urlaubsrechtliche Behandlung von längeren Zeiträumen unbezahlten Sonderurlaubs bildet insoweit vermehrt den Gegenstand arbeitsgerichtlicher Entscheidungen.

Im vorliegenden Fall gewährte der Arbeitgeber der späteren Klägerin auf deren Antrag hin durchgehend für den Zeitraum vom 1.9.2013 bis zum 31.8.2014 unbezahlten Sonderurlaub. Eine entsprechend nahtlose Verlängerung erfolgte auf deren ausdrücklichen Wunsch bis einschließlich 31.8.2015. Im November 2015 machte die Arbeitnehmerin gegenüber dem Arbeitgeber gleichwohl u. a. die Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaubs für das Kalenderjahr 2014 geltend. Der Arbeitgeber lehnte dieses Ansinnen jedoch mit dem Argument ab, ein etwaiger gesetzlicher Urlaubsanspruch sei spätestens mit Ablauf des 31.3.2015 verfallen. Dennoch machte die Arbeitnehmerin ihr verlangtes Begehren klageweise geltend. Die Klage wurde dabei zunächst vom ArbG Cottbus abgewiesen – das zweitinstanzlich befassende LAG Berlin-Brandenburg gab der Klage jedoch zugunsten der Klägerin entsprechend statt.

△ ENTSCHEIDUNG

Nach Auffassung der Erfurter Richter hatte das LAG Berlin-Brandenburg den konkreten Rechtsstreit mit Blick auf die klageweise geltend gemachte Urlaubsgewährung rechtlich jedoch unzutreffend entschieden.

Die einschlägige Rechtsgrundlage für den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub normiert §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG, wonach der Anspruch auf den gesetzlichen Erholungsurlaub grundsätzlich 24 Werktagen kalenderjährlich beträgt und vollumfänglich erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben wird. Nach der gesetzgeberischen Konzeption liegt der Dauer des gesetzlichen Urlaubsanspruchs allerdings eine an sechs Tagen pro Kalenderwoche bestehende Pflicht zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung zugrunde: Verteilt sich im jeweiligen Einzelfall die geschuldete Arbeitszeit – wie heutzutage üblich – auf weniger als sechs Wochentage, so ist zur individuellen Ermittlung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs generell eine Umrechnung vorzunehmen, d. h. die Anzahl der gesetzlichen Urlaubstage determiniert sich insoweit anhand der für den jeweiligen Bezugszeitraum maßgeblichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage (vgl. BAG, Urt. v. 22.1.2019 – 9 AZR 10/17 sowie Urt. v. 19.1.2010 –

9 AZR 426/09). Eine generelle Indikation zur Vornahme einer solchen Umrechnung soll aus dem Sinn und Zweck der gesetzlich einschlägigen Bestimmungen folgen. Insbesondere um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu sichern, ist grundsätzlich die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung der für den Bezugszeitraum maßgeblichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu ermitteln (vgl. BAG, Urt. v. 22.1.2019 – 9 AZR 10/17).

» KONSEQUENZEN

Mit seiner jüngsten Entscheidung vollzieht der erkennende Senat des BAG indes eine bemerkenswert deutliche Kehrtwende und hält insoweit auch an seiner bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Urt. v. 6.5.2014 – 9 AZR 678/12, AuA 10/14, S. 612) nicht mehr fest: Eine Umrechnung im Rahmen der quantitativen Bemessung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs nach Maßgabe des § 3 BUrlG soll demnach nunmehr auch im Hinblick auf solche Zeiträume geboten sein, in denen aufgrund eines zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Sonderurlaubs die Pflicht zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung suspendiert wurde. Etwaige Zeiträume unbezahlten Sonderurlaubs sind daher bei der jeweiligen Berechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs entsprechend mit „null“ Arbeitstagen einzupreisen und verhindern damit grundsätzlich das Entstehen gesetzlicher Urlaubsansprüche. Etwas hiervon Abweichendes kann jedoch dann gelten, soweit bspw. nach Maßgabe des § 13 BUrlG rechtskonform zugunsten des Arbeitnehmers wirkende Regelungen in individual- bzw. kollektivrechtlichen Vereinbarung getroffen wurden. Die vorliegende Entscheidung des BAG ist rechtsdogmatisch vollumfänglich zu begrüßen und beseitigt insoweit auch effektiv in der betrieblichen Praxis oftmals aufkeimende Unstimmigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der urlaubsrechtlichen Behandlung von Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs.

! PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten diese höchstrichterliche Entscheidung idealerweise zum Anlass nehmen, insbesondere etwaige im Unternehmen vorhandene personalrelevante Dokumente zur einvernehmlichen Gewährung von Sonderurlaub einer besonders kritischen inhaltlichen Prüfung zu unterziehen und im Bedarfsfall entsprechend anzupassen.

RA David Johnson LL.M. (Stellenbosch),
Compliance Officer (Univ.),
Pinsent Masons Germany LLP, München

Einschlägige Berufserfahrung für die Arbeitsvermittlung

§ 18 TV-BA

1. Die Vertriebskompetenz eines Arbeitnehmers aus einer früheren Tätigkeit vermittelt ihm allein noch keine einschlägige Berufserfahrung für eine Tätigkeit als Arbeitsvermittler, die im Entgeltsystem der Bundesagentur für Arbeit entgeltsteigernd zu berücksichtigen wäre.

2. Die einschlägige Berufserfahrung wird bei der Einstellung im Rahmen der Stufenzuordnung nur dann berücksichtigt, wenn die frühere Tätigkeit nach ihrer Art und ihrem fachlichen Anforderungsniveau den Kompetenzanforderungen der bei der Bundesagentur übertragenen Tätigkeit vergleichbar ist.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 14.3.2019 – 6 AZR 171/18

PROBLEMPUNKT

Der Kläger ist bei der beklagten Agentur für Arbeit als Arbeitsvermittler tätig. Vor seiner Einstellung war er selbstständiger Handelsvertreter für Produkte zur Ausstattung von Großküchen. Bei der Beklagten wurde ihm konkret die Tätigkeit eines Arbeitsvermittlers mit Beratungsaufgaben übertragen. Die Eingruppierung erfolgte in die entsprechende Gehaltsstufe nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) in der seit dem 1.9.2015 geltenden Fassung, wobei bei der Festlegung der Erfahrungsstufe keine Berufserfahrung zugrunde gelegt wurde. Der Kläger ist hingegen der Auffassung, er habe als Handelsvertreter bereits einschlägige Berufserfahrung erworben. Er habe bei der Beklagten nur Arbeitgeber betreut und von diesen freie Stellen akquiriert. Dabei habe er seine Vertriebs-erfahrung nutzen können. Die Beklagte hat die Anerkennung einschlägiger Berufserfahrung abgelehnt. Der Aufgabeninhalt der Tätigkeiten sei nicht vergleichbar, so dass die vorherigen Tätigkeiten für die Stufenzuordnung nicht zu berücksichtigen seien.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG ist der Argumentation der Agentur für Arbeit gefolgt und hat die Revision zurückgewiesen.

Nach dem einschlägigen § 18 Abs. 5 TV-BA in der seit dem 1.9.2015 geltenden Fassung wird einschlägige Berufserfahrung bei der Einstellung im Rahmen der Stufenzuordnung nur dann berücksichtigt, wenn die frühere Tätigkeit nach ihrer Art (Aufgabeninhalt) und ihrem Anforderungsniveau den Kompetenzanforderungen der bei der Bundesagentur übertragenen Tätigkeit vergleichbar ist. Zu vergleichen sind zudem die fachlichen Anforderungen der Tätigkeiten. Dadurch soll festgestellt werden, ob der neu eingestellte Beschäftigte ohne nennenswerte Einarbeitungszeit die nunmehr übertragene Tätigkeit ausüben kann, denn dies rechtfertigt nach dem Sinn und Zweck der tariflichen Regelung eine höhere Vergütung.

Zu vergleichen sind insgesamt die frühere und die von der Beklagten nunmehr übertragene Tätigkeit. Dabei ist zunächst die frühere Tätigkeit im Hinblick auf den Aufgabeninhalt und das Anforderungsniveau zu bestimmen. Bezogen auf diese beiden Faktoren ist dann der Vergleich mit den Kompetenzanforderungen der von der Beklagten übertragenen Tätigkeit durchzuführen. Dies beinhaltet auch den Vergleich der Aufgabeninhalte einschließlich der fachlichen Anforderungen.

Im konkreten Fall konnte der 6. Senat gerade keine Vergleichbarkeit erkennen. Der Vertrieb von Küchengeräten und Zubehör weise hinsichtlich der Zielsetzung und der fachlichen Anforderungen keine Vergleichbarkeit mit dem Einwerben geeigneter Stellen für Arbeitssuchende auf. Dies gilt erst recht bezogen auf das gesamte Aufgabenspektrum der Arbeitsvermittlung.

KONSEQUENZEN

Der Entscheidung kommt eine deutlich größere Bedeutung zu, als auf den ersten Blick zu vermuten wäre. Bei einer oberflächlichen Draufsicht könnte der Leser schnell dem Gedanken verfallen, dass es sich um eine sehr spezielle Einzelfallentscheidung handelt, die einzig für selbstständige Küchenverkäufer Relevanz aufweist. So liegen die Dinge indes nicht. Kerngehalt der Entscheidung ist die Frage nach der Anerkennung einschlägiger Berufserfahrung für die Stufenzuordnung im einschlägigen Tarifvertrag. Dementsprechende Fragestellungen ziehen sich zumindest nahezu durch den gesamten öffentlichen Dienst, da sich vergleichbare tarifliche Regelungen in dem weit überwiegenden Teil der Tarifsystematik öffentlicher Arbeitgeber finden. Ob eine einschlägige Berufserfahrung vorliegt, ist oftmals zwischen den Arbeitsvertragsparteien streitig. Die tarifvertraglichen Formulierungen sollen zwar möglichst präzise Vorgaben machen. Es liegt wegen der erheblichen Bandbreite möglicher vorheriger Tätigkeiten jedoch in der Natur der Sache, dass Auslegungsprobleme folgen. Vorliegend enthielt der Tarifvertrag noch eine Pro-

tokollnotiz, die konkret auf Aufgabeninhalt und Anforderungsniveau abstellt. Auch diese bedarf jedoch der praktischen Konkretisierung.

Grundsätzlich festzuhalten ist, dass eine bloße Ähnlichkeit der bisher ausgeübten Tätigkeit nicht ausreicht, um zu einer einschlägigen Berufserfahrung zu kommen. Entscheidend ist eine Gesamtbetrachtung, aus der sich die Vergleichbarkeit des Niveaus der beiden Tätigkeiten ergibt. Nicht maßgeblich ist dagegen, in welcher Form von Beschäftigung die Berufserfahrung erworben wurde. Der Gesichtspunkt, dass der Kläger im vorliegenden Fall selbstständig tätig war, ist deshalb als solcher unbeachtlich gewesen.

Die Ausführungen des 6. Senats präzisieren die Anforderungen an das Vorliegen einschlägiger Berufserfahrung für die tarifvertragliche Stufenzuordnung. Das Gericht arbeitet dabei zutreffend die Parameter der Vergleichbarkeit der zu betrachtenden Tätigkeiten heraus. Diese können je nach Tarifvertrag durchaus unterschiedlich sein, da die Tarifparteien frei sind, welche Anrechnungskriterien sie miteinander vereinbaren und ob eine solche Möglichkeit überhaupt eröffnet wird. Die Grundsystematik ihrer Auslegung ist jedoch die gleiche. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck entsprechender tarifvertraglicher Vereinbarungen. Die Möglichkeit zur Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten für eine entsprechende Stufenzuordnung soll bezwecken, dass eine aufgrund bestehender Vorerfahrungen des Arbeitnehmers nicht oder nur verkürzt erforderliche Einarbeitungszeit gewürdigt wird. Der Arbeitgeber hat aufgrund der einschlägigen Berufserfahrung des Mitarbeiters den Vorteil, dass er die Arbeitskraft vergleichsweise schneller und damit effektiver zum Einsatz bringen kann. Dieser Vorteil wird durch eine damit korrespondierende Stufenzuordnung weitergegeben.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sind gut beraten, bei der Auslegung tarifvertraglicher Vorgaben zu einer Stufenzuordnung den vorgenannten Grundsatz zur Anwendung zu bringen, um etwaigen Auseinandersetzungen bestmöglich vorzubeugen.

*RA und FA für Arbeitsrecht
Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, FOM Hochschule
Bremen, Direktor KompetenzCentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Unzulässige Rechtsausübung durch den Betriebsrat

§§ 87, 23, 74, 76 BetrVG;
§ 100 ArbGG; § 242 BGB

Unterlassungsansprüchen des Betriebsrats kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen, wenn dieser zuvor jegliche Mitwirkung an einer einvernehmlichen Lösung beharrlich verweigert und sich damit einem für beide Seiten akzeptablen Kompromiss verschlossen hat.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

**BAG, Beschluss vom 12.3.2019 –
1 ABR 42/17**

PROBLEMPUNKT

Die Parteien streiten darum, ob ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus § 23 Abs. 3 BetrVG aufgrund der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mit dem Argument der unzulässigen Rechtsausübung abgelehnt werden kann. Die Arbeitgeberin betreibt ein Krankenhaus in Niedersachsen und teilt ihre Arbeitnehmer monatlich neu in Dienstplänen ein. Die Aufstellung der Dienstpläne ist eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG; die Zustimmung des Betriebsrats ist somit erforderlich. Ab März 2015 begann der Betriebsrat, bestimmten Teilen der Dienstpläne nicht mehr zuzustimmen. Die Ablehnung erfolgte jedes Mal mit der pauschalen Begründung, die Dienstpläne seien gesetzes- und tarifwidrig. Den Versuchen der Arbeitgeberin, eine Einigung zu erzielen oder die Bildung einer einvernehmlichen Einigungsstelle voranzutreiben, verschloss sich der Betriebsrat. Die Arbeitgeberin leitete daraufhin beim Arbeitsgericht ein Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle ein, dem stattgegeben wurde; das Gericht sowie auch die Arbeitgeberin wirkten sodann erneut auf die Errichtung einer einvernehmlichen Einigungsstelle hin, was erfolglos bzw. seitens des Betriebsrats unbeantwortet blieb. Nach gerichtlicher Einsetzung der Einigungsstelle legte der Betriebsrat wiederholt Rechtsmittel ein und weigerte sich zudem, vor Rechtskraft des Einsetzungsbeschlusses einen Sitzungstermin zu vereinbaren und benannte freiwillig keine Beisitzer. Auch den weiteren Bemühungen der Arbeitgeberin, Verhandlungen zu führen oder eine Einigungsstelle einvernehmlich zu bilden, verschloss sich das Gremium konsequent. Dieser Sachverhalt wiederholte sich über mehrere Monate hinweg weitestgehend – der Betriebsrat stimmte den jeweils von der Arbeit-

geberin vorgelegten Dienstplänen nicht zu, woraufhin sie jeden Monat beim Arbeitsgericht die Einsetzung einer Einigungsstelle beantragte. Die Arbeitgeberin ging schließlich in der Folge dazu über, die Dienstpläne trotz fehlender Einigung bekannt zu geben und ihre Arbeitnehmer nach diesen einzusetzen. Der Betriebsrat beantragte schließlich gerichtlich Unterlassung dieses Vorgehens. Das ArbG Göttingen und das LAG Niedersachsen gaben diesem Antrag statt.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG entschied anders: Es wies den Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung der Aufstellung der Dienstpläne ab. Zwar hat die Arbeitgeberin das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wiederholt verletzt, indem sie die Dienstpläne ohne vorherige Zustimmung bzw. ohne eine ersetzende Entscheidung der Einigungsstelle aufstellte; der Betriebsrat ist also formal im Recht. Jedoch steht der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Das BAG sieht das Verhalten des Betriebsrats – im Gegensatz zum LAG – bereits als treuwidrig an. Der Betriebsrat hat seine Rechtsposition nur deswegen erlangt, weil er sich selbst unter erheblichem Verstoß gegen seine Mitwirkungspflichten aus § 74 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 BetrVG betriebsverfassungswidrig verhalten hat. Er versuchte weder, einen konstruktiven Dialog zu führen, noch bemühte er sich, mithilfe der vom Gesetzgeber vorgegebenen Möglichkeit der Errichtung einer Einigungsstelle den Konflikt zu lösen. Er hat vielmehr jegliche Mitwirkung verweigert und das Tätigwerden der Einigungsstelle verhindert. Durch diese Blockadehaltung ist es der Arbeitgeberin unmöglich gemacht worden, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu wahren. Zudem stützte der Betriebsrat sein obstruktives Verhalten lediglich auf pauschale Behauptungen. Eine solche gegen Treu und Glauben verstoßende Ausübung einer formalen Rechtsstellung ist missbräuchlich und daher unzulässig.

KONSEQUENZEN

Das BAG macht mehrfach deutlich, dass es sich hierbei um einen besonders schwerwiegenden und eng begrenzten Ausnahmefall handelt. Insbesondere deswegen, weil die Arbeitgeberin als Krankenhausbetreiberin zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtung – eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen – in regelmäßigen Abständen zwingend Dienstpläne aufzustellen hat und dementsprechend in besonderem Maß auf die Mitwirkung des Betriebsrats angewiesen ist. Die Entscheidung ist daher gewiss nicht auf jeden Fall über-

tragbar. Wann ein besonders schwerwiegender und eng begrenzter Ausnahmefall vorliegt, werden die Gerichte weiterhin im Einzelfall klären müssen. Es wird dem Betriebsrat also auch in Zukunft nicht vollständig verwehrt bleiben, die Durchsetzung bestimmter Vorhaben hinauszuzögern bzw. zu blockieren. Nichtsdestotrotz ist zu begrüßen, dass das BAG hier das Zusammenspiel von Unterlassungsansprüchen, die einerseits aus einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts resultieren und andererseits dem betriebsverfassungsrechtlichen Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, der zu einem gewissen Maß an Mitwirkung verpflichtet, konkretisiert. Es stellt zudem konkret fest, dass der Betriebsrat seinen Pflichten nicht genüge tut, wenn er lediglich pauschal behauptet, Dienstpläne seien gesetzes- und tarifwidrig. Auch ist der Betriebsrat nicht dazu berechtigt, sich dem Versuch, in einer Einigungsstelle zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen, von vornherein mit der pauschalen Behauptung zu versperren, diese sei angesichts der Komplexität nicht in der Lage, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

PRAXISTIPP

Grundsätzlich sollten Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats stets so früh wie möglich beantragen. Es bietet sich zudem an, den Betriebsrat – insbesondere wenn dieser schon vormals Verhandlungen blockiert hat – auf seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten hinzuweisen, die insbesondere erfordern, nicht jegliche Kooperation zu verweigern. Dies vor allem nicht basierend auf pauschalen Begründungen wie einer etwaigen Gesetzeswidrigkeit bestimmter Vorhaben.

Zudem kann gerade bei Themen, bei denen sich das Gremium zuvor schon des Öfteren quer gestellt hat, die Einrichtung einer dauerhaften Einigungsstelle hilfreich sein.

*RAin Sarah Klachin,
Pinsent Masons,
München*

Kein Widerruf von Aufhebungsverträgen

§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1, 312 Abs. 1, 312b, 312g Abs. 1, 355 BGB

Das Gebot fairen Verhandeln gebietet ein Mindestmaß an Fairness bei den Verhandlungen eines Aufhebungsvertrags. Für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Aufhebungsverträge besteht kein gesetzliches Widerrufsrecht.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 7.2.2019 – 6 AZR 75/18

PROBLEMPUNKT

Der Entscheidung liegt der Abschluss eines Aufhebungsvertrags zugrunde. Die Arbeitnehmerin klagte auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch den Aufhebungsvertrag aufgelöst wurde. Sie habe ihre Erklärung zum Vertragsabschluss wegen Irrtums (§ 119 BGB) sowie Täuschung und Drohung (§ 123 BGB) angefochten und hilfsweise ihre Zustimmung zum Aufhebungsvertrag gem. § 355 Abs. 1 BGB widerrufen. Dem vorausgegangen war der Abschluss des Aufhebungsvertrags in der Wohnung der Arbeitnehmerin. Dort suchte die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin auf und legte ihr den Aufhebungsvertrag vor. Danach wird das Arbeitsverhältnis noch am gleichen Tag ohne Zahlung einer Abfindung beendet. Die Arbeitnehmerin behauptet, dass sie an diesem Tag krank im Bett gelegen habe, als die Arbeitgeberin klingelte und ihr Sohn öffnete und sie weckte. Sie habe den Vertrag im Tran unter dem Einfluss von Schmerzmitteln unterschrieben.

Nachdem die Vorinstanz das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes ablehnte und sich die Revision in ihrer Begründung nicht hiergegen wandte, befasste sich das BAG zunächst mit dem Widerruf der Zustimmung zum Aufhebungsvertrag. Bis 2014 stand fest: Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge fallen nicht unter das Widerrufsrecht der §§ 312 ff BGB a. F. Mit Inkrafttreten des Verbraucherschutzrechts zum 13.6.2014 entfachte die Diskussion um das Widerrufsrecht erneut. Nach § 312 Abs. 1 BGB gilt das für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge vorgesehene Widerrufsrecht nur für Verbraucherverträge, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben (§§ 312b, 312g Abs. 1, 355 BGB).

ENTSCHEIDUNG

Das BAG entschied nunmehr erstmals unter Berücksichtigung des neu in Kraft getretenen Verbraucherschutzrechts und lehnte wie auch schon nach alter Rechtslage ein gesetzliches Widerrufsrecht für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Aufhebungsverträge ab. Zwar handelt es sich beim Aufhebungsvertrag ebenso wie beim Arbeitsvertrag um einen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossenen Vertrag. Jedoch widerspreche ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers dem gesetzgeberischen Willen und dem systematischen Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte kein Widerrufsrecht bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags gewähren. Daher enthalten auch die im Zusammenhang mit § 312 Abs. 1 BGB stehenden Regelungen überwiegend Vorgaben ohne inhaltlichen Bezug zu arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen. Ungeachtet dessen, ob ein Mitarbeiter damit rechnen muss, außerhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers mit der Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags konfrontiert zu werden, lehnte das BAG ein Widerrufsrecht ab.

Das BAG sah in den Umständen des Vertragschlusses jedoch eine mögliche Missachtung des Gebots fairen Verhandeln (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB). Als vorvertragliche Nebenpflicht eines Aufhebungsvertrags schützt dieses Gebot die Entscheidungsfreiheit bei Vertragsverhandlungen unterhalb der Schwelle der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit (§ 105 Abs. 2 BGB) oder der der Anfechtung unterliegenden Willensmängel (§§ 119 ff. BGB). Eine Verhandlungssituation ist als unfair zu bewerten, wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht. Dies kann durch die Schaffung besonders unangenehmer, die Ablenkung fördernder oder den Fluchtinstinkt weckender Rahmenbedingungen geschehen. Ebenfalls verletzt ist das Fairnessgebot bei der Ausnutzung einer objektiv erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche oder unzureichender Sprachkenntnisse. Schließlich kann die Nutzung eines Überraschungsmoments die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners beeinträchtigen.

Ein entsprechender Verstoß führt zum Entfall der Rechtswirkungen des Aufhebungsvertrags und zu einer Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen. Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hob das BAG die Entscheidung auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG Niedersachsen zurück.

KONSEQUENZEN

Der Abschluss von Aufhebungsverträgen ist ein probates Mittel zur Vermeidung zeit- und kostenintensiver Kündigungsschutzverfahren. Dennoch ist auch beim zu verhandelnden Aufhebungsvertrag das arbeitsrechtliche Fairnessgebot zu beachten. Zwar muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht das Angebot eines Aufhebungsvertrags ankündigen und ihm auch weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht einräumen. Ein solches Verhalten allein verletzt jedenfalls noch nicht das Gebot fairen Verhandeln. Darüber hinaus kommt es jedoch auf die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls an.

In der Praxis dürfte dem Arbeitnehmer mit dem Fairnessgebot ein weiterer Hebel in die Hand gegeben worden sein, die Abfindung in die Höhe zu treiben. Zwar ist die Verletzung dieses Gebots auf Ausnahmefälle zu beschränken. Dieser Fall kann insoweit einen Maßstab bieten. Denn sollte die Behauptung der Arbeitnehmerin zutreffen, suchte die Arbeitgeberin sie unangemeldet zu Hause am Krankenbett auf, woraufhin sie im benommenen Zustand unter dem Einfluss von Schmerzmitteln den Aufhebungsvertrag unterschrieb. Jedoch ist der Vorwurf, unfair behandelt worden zu sein, vom Arbeitnehmer schnell erhoben und birgt aufgrund der erheblichen Interpretationsspielräume die Gefahr einer langwierigen Rechtsstreitigkeit für den Arbeitgeber.

PRAXISTIPP

Das Gebot fairen Verhandeln ist jedenfalls bei jeder „Änderung“ eines bestehenden und vorsorglich auch bei der „Begründung“ eines neuen Arbeitsverhältnisses zu beachten. Zur Vermeidung selbst des bloßen Anscheins eines nicht fairen Verhandeln empfiehlt es sich, die Verhandlungen an einem neutralen Ort zu einer betriebsüblichen Zeit in Anwesenheit eines neutralen Zeugen zu führen. In kritischen Fällen, z. B. bei einer krankheitsbedingten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, sollte darüber hinaus auf beiden Seiten ein Rechtsanwalt hinzugezogen werden.

RA Justus Frank, Maître en droit, LL.M., Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf

Fremdgeschäftsführer: keine arbeitnehmerähnliche Person

§ 5 ArbGG; § 17a GVG

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person.

**BAG, Beschluss vom 21.1.2019 –
9 AZB 23/18**

PROBLEMPUNKT

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten. Die Klägerin war Geschäftsführerin der Beklagten, die Krankenhäuser und andere soziale Einrichtungen betrieb. Die Klägerin war mit einem Grad der Behinderung von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Im Juli 2017 kündigte sie ihren Anstellungsvertrag ordentlich mit Wirkung zum 31.12.2018. Mit Schreiben vom 31.7.2017 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis fristlos und berief die Klägerin mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführerin ab. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht mit der Begründung, die fristlose Kündigung sei mangels Zustimmung des Integrationsamts unwirksam und es fehle an einem wichtigen Grund. Die Vorinstanzen haben den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für zulässig erklärt.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG erklärte die Arbeitsgerichte hingegen für nicht zuständig. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten war zwar nicht bereits nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen. Danach gelten Geschäftsführer als Vertretungsorgane einer GmbH nicht als Arbeitnehmer. Die Klägerin war jedoch bei Zugang der Kündigung bereits als Geschäftsführerin mit sofortiger Wirkung abberufen worden, so dass § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG keine Anwendung fand.

Das Anstellungsverhältnis der Klägerin war jedoch nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang betont das BAG, dass auch bei Fremdgeschäftsführern ein Arbeitsverhältnis nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen ist. Das Weisungsrecht der Beklagten ging nicht über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht des § 37 Abs. 1 GmbHG hinaus. Auch allein der Vortrag der Klägerin, sie sei in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt, konnte für sich genommen nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründen. Es handelte sich nämlich

nicht um einen sog. Sic-non-Fall, bei dem allein der rechtliche Vortrag der Klägerin, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, ausgereicht hätte, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu begründen. Sic-non-Fälle setzen voraus, dass die Klage nur dann begründet wäre, wenn das Rechtsverhältnis tatsächlich als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist. Da die Klägerin aber die fristlose Kündigung ihres Anstellungsverhältnisses insgesamt angriff, hätte die Klage auch im Falle eines freien Dienstverhältnisses mangels wichtigen Grundes nach § 626 BGB begründet sein können. Der Erfolg der Klage hing damit nicht von der Arbeitnehmerstellung ab. Insbesondere konnte die Klägerin sich nicht darauf berufen, sie sei eine arbeitnehmerähnliche Person im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Nach der Vorschrift gelten als Arbeitnehmer auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist über das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit hinaus für die Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Person erforderlich, dass diese einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig ist. Dies ist nach der sozialen Typik selbst bei Fremdgeschäftsführern aber nicht der Fall. Der Geschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist daher keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten war daher ausgeschlossen und der Rechtsstreit an die ordentlichen Gerichte zu verweisen.

KONSEQUENZEN

Arbeitsrechtliche Vorschriften finden auf Organmitglieder juristischer Personen keine Anwendung, soweit dies ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (etwa § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, § 14 Abs. 1 Ziff. 1 KSchG; § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG). Allerdings ist hier zu differenzieren: Gesetzlich ist die Anwendung des Schutzgesetzes nämlich nur dann ausgeschlossen, wenn im jeweiligen Zeitpunkt die Organstellung noch besteht. Ist der Geschäftsführer im Zeitpunkt etwa einer Kündigung hingegen bereits abberufen oder hat er sein Amt niedergelegt, greift die Sperrwirkung des § 14 Abs. 1 Ziff. 1 KSchG nicht mehr. Geschäftsführer einer deutschen GmbH können im Anschluss an die Danosa-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09) darüber hinaus als Arbeitnehmer im europäischen Sinne zu verstehen sein. Das ist immer dann der Fall, wenn die jeweilige Rechtsvorschrift auf dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff beruht. Neben den Vorschriften zum Mutterschutz dürfte dies etwa auch für die Regelungen zum Massentlassungsschutz, für das Antidiskriminierungsrecht, aber auch das Urlaubsrecht, das Befristungsrecht (dazu etwa EuGH, Urt. v. 17.11.2016 –

C-216/15), das Teilzeitrecht wie zum Teil auch für die Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung gelten.

Unter Kostengesichtspunkten kann es daher für den Geschäftsführer vorteilhaft sein, seine Rechte vor dem Arbeitsgericht zu verfolgen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung die Arbeitnehmereneigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers verneint. Nach dem BAG ist es bei entsprechender Weisungsgebundenheit jedenfalls nicht ausgeschlossen, den GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer einzustufen. Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BAG allerdings noch einmal ausdrücklich deutlich gemacht, dass auch bei Fremdgeschäftsführern nur in extremen Ausnahmefällen von einem Arbeitnehmer ausgegangen werden kann. Wie die Vorinstanzen war die wohl herrschende Meinung bisher davon ausgegangen, dass Fremdgeschäftsführer ggf. auch als arbeitnehmerähnliche Personen gesehen werden können. Damit hätte ihnen der Weg zu den Arbeitsgerichten auch über § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG offengestanden. Zudem sehen viele materiell-rechtliche Vorschriften einen besonderen Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen vor, auf die sich dann auch der Fremdgeschäftsführer hätte berufen können (z. B. § 2 Satz 2 BurlG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG). Diesen Weg hat das BAG nunmehr versperrt, indem es feststellt, dass auch der Fremdgeschäftsführer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt und damit keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person ist.

PRAXISTIPP

Fremdgeschäftsführer einer GmbH, die nicht oder nicht herrschend an der Gesellschaft beteiligt sind, können sich europarechtlich auf zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzvorschriften berufen. Sie sind aber keine arbeitnehmerähnlichen Personen, so dass ihnen zumindest nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG der Weg zu den Arbeitsgerichten versperrt ist. Die aus dem Unionsrecht folgenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften sind aber auch von den ordentlichen Gerichten zu beachten.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International
Packaging Solutions, Brühl, sowie
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts

§ 41 Satz 3 SGB VI

Die Arbeitsvertragsparteien können im Falle der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses nach § 41 Satz 3 SGB VI hinausschieben.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 19.12.2018 – 7 AZR 70/17

PROBLEMPUNKT

Der Arbeitnehmer war bei dem beklagten Land langjährig als Lehrer mit einem Unterrichtsdeputat von 23 Wochenstunden beschäftigt. Durch den Arbeitsvertrag wurde der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) in Bezug genommen. Der Tarifvertrag sah in § 44 Nr. 4 TV-L vor, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen Erreichens der Regelaltersgrenze am 31.1.2015 enden würde. Noch im Januar 2015 haben die Parteien das Ende für das Arbeitsverhältnis dahingehend hinausgeschoben, dass der 31.7.2015 als Beendigungsdatum vereinbart wurde. Später wurde dann die Wochenarbeitszeit des Klägers verändert. Zunächst hat der Arbeitgeber im Februar 2015 die widerrufliche Verpflichtung zu Mehrarbeit angeordnet. Im März 2015 wurde die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit des Klägers mit Wirkung vom 1.2.2015 dauerhaft erhöht.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 31.7.2015 geendet hat. Er ist der Auffassung, dass das Arbeitsverhältnis nicht wirksam befristet worden sei. Durch § 41 Satz 3 SGB VI wäre nur eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses möglich gewesen. Durch die spätere Veränderung der Stundenzahl sei jedoch eine Veränderung des materiellen Gehalts des Arbeitsverhältnisses eingetreten. Außerdem sei § 41 Satz 3 SGB VI europarechtswidrig und dürfe daher gar nicht angewendet werden. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis sei wirksam befristet worden.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das Berufungsurteil bestätigt. Zunächst hat der 7. Senat bestätigt, dass die Regelung des § 41 Satz 3 SGB VI sowohl den verfassungsrechtlichen als auch den europarechtlichen Vorgaben genügt.

In Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Europarecht konnte sich das BAG auf eine bereits ergangene Entscheidung des EuGH beziehen (Urt. v. 28.2.2018 – C-46/17, AuA 7/18, S. 436). Darüber hinaus gehende Anforderungen aus dem deutschen Verfassungsrecht sind nicht erkennbar. Die gegenständliche Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31.7.2015 ist zudem nach § 41 Satz 3 SGB VI gerechtfertigt, da im laufenden Arbeitsverhältnis der tarifvertragliche Beendigungszeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze hinausgeschoben wurde.

Nicht entscheidungserheblich war die Frage, ob eine Hinausschiebensevereinbarung nach § 41 Satz 3 SGB VI voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen geändert wird. Vorliegend ist mit der Vereinbarung vom Januar 2015 nur der Beendigungszeitpunkt hinausgeschoben worden. Die Arbeitszeiterhöhung ist erst sechs Wochen später und damit nicht im Zusammenhang mit der Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts vereinbart worden.

KONSEQUENZEN

Der materielle Gehalt der Entscheidung ist übersichtlich. Das BAG hat klargestellt, dass die Regelung des § 41 Satz 3 SGB VI mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Auch die richterliche Bestätigung der tatbestandlichen Voraussetzung der Norm lag auf der Hand. Voraussetzung für das Hinausschieben des Vertragsendes ist einzig, dass zwischen den Parteien eine Regelung vereinbart ist, die das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze beendet. Eine solche Regelung kann sowohl individual- als auch kollektivrechtlich bestehen.

Der für die Betriebspraxis wesentliche Punkt in der vorliegenden Entscheidung ist der Teil, der leider offenbleiben musste. So konnte unentschieden bleiben, ob eine Hinausschiebensevereinbarung voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses geändert wird oder gleichzeitig auch eine materielle Veränderung des Vertragsinhalts erfolgen darf. Im konkreten Fall wurde noch im Januar die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, die Veränderung hinsichtlich der Stundenzahl jedoch erst im März vereinbart. Der zeitliche Abstand war damit so evident, dass sich die Frage einer einheitlichen Hinausschiebens- und Veränderungshandlung nicht gestellt hat. Damit bleibt für die Vertragspraxis weiter ungeklärt, ob für § 41 Satz 3 SGB VI die gleiche Veränderungsfeindlichkeit gilt wie dies für § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG der Fall ist. Eine vergleichende Betrachtung drängt sich jedoch auf. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist für die sachgrundlose Befristung eine dreimalige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zur Höchstdauer von zwei Jahren zulässig. Der Begriff

der Verlängerung ist dabei wörtlich zu nehmen. Eine Veränderung des materiellen Gehalts des Arbeitsverhältnisses soll gerade nicht ermöglicht werden. Eine solche Veränderung würde die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses beinhalten, welches wegen des Vorbeschäftigungsverbots nach § 14 Satz 2 TzBfG unzulässig ist (grundlegend bereits BAG, Urt. v. 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, AuA 5/07, S. 310). Der Wortlaut der Norm ist folglich eng auszulegen.

Genau das Wortlautargument spricht auch für eine vergleichbar strenge Auslegung des § 41 Satz 3 SGB VI: Danach ist es nur zulässig, den „Beendigungszeitpunkt“ während des laufenden Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben. Die Vertragsparteien sollen folglich lediglich den bereits bestehenden Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze durch einen späteren Beendigungszeitpunkt ersetzen. Der Gesetzeszweck stützt das Wortlautargument. Der Gesetzgeber hat durch § 41 Satz 3 SGB VI die Möglichkeit eröffnet, bestehende Arbeitsverhältnisse über die Regelaltersgrenze hinaus fortzusetzen. Dies geschah vor dem Hintergrund, dass sich aus den bisherigen Regelbeispielen des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG keine Sachgrundbefristungsmöglichkeit für sich betrachtet ergab (siehe zuletzt BAG, Urt. v. 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, AuA 10/15, S. 612). Auch der Sinn und Zweck der Norm ist daher auf die bloße Verlängerung, nicht jedoch die Veränderung des Arbeitsvertrags gerichtet.

PRAXISTIPP

Dem Vorsichtsprinzip folgend sollte eine angedachte Veränderung im materiellen Gehalt des Arbeitsverhältnisses von der Verlängerungsvereinbarung des § 41 Satz 3 SGB VI zeitlich entkoppelt werden. Dass dies zulässig ist, hat das vorliegende Urteil gleichfalls bestätigt. Da es an einer gesetzlichen Regelung zur erforderlichen Länge der zeitlichen Entzerrung fehlt, sollten beide Vereinbarungen mindestens in unterschiedliche Abrechnungszeiträume fallen. Dadurch dürfte sicher ausgeschlossen werden, dass zu einem späteren Zeitpunkt arbeitsgerichtlich von einer Verknüpfung der Verlängerungs- mit der Veränderungshandlung ausgegangen werden kann.

*RA und FA für Arbeitsrecht
Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, FOM Hochschule
Bremen, Direktor KompetenzCentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Kündigung wegen hartnäckiger Arbeitsverweigerung

§ 1 Abs. 2 KSchG;
§§ 618 Abs. 1, 626, 241 BGB

1. Eine beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, objektiv bestehende arbeitsvertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflichten zu erfüllen, ist nach erfolglosen Abmahnungen an sich geeignet, eine fristlose oder ordentliche Kündigung zu begründen.
2. Die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, der den Vorgaben von § 618 Abs. 1 BGB i. V. m. den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen nicht vollumfänglich genügt, kann trotzdem billigem Ermessen entsprechen (§ 106 GewO), wenn es sich um bloß geringfügige oder kurzzeitige Verstöße handelt, die keinen nachhaltigen Schaden bewirken können.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 28.6.2018 – 2 AZR 436/17

PROBLEMPUNKT

Die seit 2006 im öffentlichen Dienst beschäftigte Klägerin wurde zunächst als Leiterin „Technische Dokumentation“ im technischen Rathaus eingesetzt. Aufgrund von betrieblichen Konflikten wurde 2007 ergebnislos eine Mediation durchgeführt. Im November 2012 entzog die Beklagte der Klägerin die Sachgebietsleitung. Anschließend führten die Parteien ergebnislose Gespräche über ihre Abordnung in eine andere Abteilung. Im Februar 2014 baten fünf Mitarbeiter des Sachgebiets aus Angst um „eine räumliche Versetzung“ der Klägerin.

Im Mai 2014 wurde die Klägerin auf einen anderen Arbeitsplatz in der M Straße versetzt. Dieser entsprach anfangs nicht allen Arbeitsschutznormen, allerdings weigerte sich die Klägerin auch, selbst an deren Behebung mitzuwirken, z. B. der Einrichtung ihres neuen Büros. Die ihr übertragenen neuen Aufgaben erledigte die Klägerin nicht. Dienstantritt und Dienstende sollte sie mangels Zeiterfassungsgeräts vor Ort täglich per E-Mail melden. Nach mehrfachen fruchtlosen Abmahnungen wegen Arbeitsverweigerung und unterlassener Zeiterfassung kündigte die Beklagte am 8.8.2014 fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.12.2014. Der Personalrat hatte den Kündigungen zugestimmt. ArbG und LAG München gaben der Kündigungsschutzklage statt.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hob die Entscheidungen auf und verwies die Sache ans LAG München zurück. Die beharrliche Weigerung eines Arbeitnehmers, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen, ist „an sich“ geeignet, selbst eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Das gilt nicht nur für die Weigerung, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (BAG, Urt. v. 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, AuA 1/19, S. 57), sondern auch für die Verletzung von Nebenpflichten (BAG, Urt. v. 19.1.2016 – 2 AZR 449/15, NZA 2016, S. 1144). Welche Pflichten ihn treffen, bestimmt sich nach der objektiven Rechtslage. Verweigert der Arbeitnehmer die Erfüllung einer arbeitsvertraglichen Pflicht in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als falsch erweist (BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, AuA 9/16, S. 569). Zutreffend hat das LAG München angenommen, dass nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB grundsätzlich keine auch bloß vorläufige Bindung des Arbeitnehmers an „lediglich“ unbillige Weisungen besteht (BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, AuA 12/17, S. 729).

Unzutreffend hat es aber angenommen, es habe nicht billigem Ermessen entsprochen, der Klägerin einen Arbeitsplatz in der M Straße zuzuweisen. Nicht befasst hat sich die Vorinstanz mit der Darstellung der Beklagten, die Verlegung des Arbeitsplatzes in die M Straße habe Wegezeiten vermeiden und eine effizientere Aufgabenerledigung vor Ort gewährleisten sollen. Nicht geprüft hat es, ob die Beklagte aufgrund objektiver Umstände annehmen durfte, es sei zur Auflösung bestehender Spannungen geboten, die Klägerin nicht mehr in demselben Gebäude zu beschäftigen. Das BAG lässt erkennen, dass die Beklagte nicht nur berechtigt, sondern möglicherweise aufgrund der ungelösten Konfliktlage sogar verpflichtet war (§ 241 Abs. 2 BGB), die Klägerin räumlich aus dem technischen Rathaus zum Schutz der anderen Beschäftigten zu versetzen (vgl. BAG, Urt. v. 15.9.2016 – 8 AZR 351/15).

Zu Unrecht hat das LAG die Versetzung als unbillig angesehen, weil der Klägerin dort kein „zumutbarer“ Arbeitsplatz zugewiesen worden sei. Der rechtliche Zumutbarkeitsmaßstab ist nicht erkennbar und der Arbeitsplatz hat den Vorgaben der ArbStättV und der bis zum 3.12.2016 geltenden BildscharbV entsprochen. Selbst dann, wenn die Beklagte ihren Pflichten gem. § 618 Abs. 1 BGB i. V. m. den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen nicht genügt haben sollte, wäre die Zuweisung des neuen Arbeitsplatzes deshalb nicht unbillig, wenn es sich um geringfügige oder kurzzeitige Verstöße gehandelt haben sollte, die keinen nachhaltigen Schaden bewirken konnten (ErfK/Wank, 18. Aufl., § 618 BGB, Rdnr. 26). Rechtsfehlerhaft hat das

LAG München auch gemeint, mit der funktionsgerechten Einrichtung des neuen Arbeitsplatzes sei der Klägerin eine „unterwertige“ Tätigkeit zugewiesen worden. Nebenarbeiten (z. B. dienstliche Besorgungen, Pflegen/Reinigen von Arbeitsmitteln) können dem Arbeitnehmer – vorbehaltlich der Wahrung billigen Ermessens – im Wege des Direktionsrechts zugewiesen werden, wenn sie dem Arbeitsvertrag entsprechen.

Die Beklagte musste auch kein BEM vor der Versetzung anbieten bzw. durchführen (BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 477/17, AuA 3/18, S. 182). Sie hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, da es sich um einen Daueratbestand handelt (BAG v. 14.12.2017, a. a. O.). Die Anweisung, sich per E-Mail täglich an-/abzumelden, ist mangels kollektiven Tatbestands mitbestimmungsfrei (VGH Bayern, Urt. v. 8.2.2010 – 17 P 09.144) und war auch nicht unbillig.

KONSEQUENZEN

In diesem Fall der Kündigung einer offensichtlich ungeeigneten und uneinsichtigen Führungskraft wird das BAG sehr und ungewohnt deutlich gegenüber den Vorinstanzen. Auch die Versetzung in ein Einzelbüro und die Weisung, dieses selbst einzurichten sowie sich täglich per E-Mail an- und abzumelden, sah das BAG vorliegend nicht als schikanös oder rechtswidrig an. Verweigert der Arbeitnehmer die zugewiesene Tätigkeit, sollte er abgemahnt und im Wiederholungsfall gekündigt werden. Er darf zwar die Tätigkeit verweigern, trägt aber das Risiko der Falschbewertung. Nach dem BAG stand eine Verhaltensänderung der Klägerin in Zukunft unabhängig von der Berechtigung aller Abmahnungen aufgrund ihres gesamten Verhaltens ohnehin nicht zu erwarten.

PRAXISTIPP

Bei einer „weitreichenden Konfliktlage“ zwischen Arbeitnehmern kann der Arbeitgeber berechtigt und sogar verpflichtet sein, einen störenden Arbeitnehmer zu versetzen. Die Ausübung des Direktionsrechts zur Um-/Versetzung kann als milderer Mittel Vorrang vor einer Abmahnung oder Kündigung haben (BAG, Urt. v. 24.4.1996 – 5 AZR 1031/94, NZA 1996, S. 1088).

RA Volker Stück,
Bonn

Stufenzuordnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit

§ 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L;
Art. 45 Abs. 2 AEUV

Es verstößt nicht gegen die unionsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften, dass § 16 Abs. 2 TV-L die beim selben Arbeitgeber erworbene einschlägige Berufserfahrung gegenüber entscheidenden Zeiten bei anderen Arbeitgebern privilegiert, wenn Arbeitnehmer nur in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt werden und keine Qualifikationen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erworben haben.

BAG, Urteil vom 23.2.2017 –
6 AZR 843/15 und 244/16

PROBLEMPUNKT

In beiden Parallelverfahren streiten die Parteien über die tarifliche Zuordnung der Kläger. Im ersten Fall (6 AZR 843/15) ging es um die Anrechnung der Beschäftigungszeiten einer Erzieherin, welche ausschließlich aus einer Tätigkeit im Inland resultierten. Die seit dem 6.1.2014 bei dem beklagten Land als Erzieherin tätige Klägerin erhielt eine Vergütung nach Entgeltgruppe 8 Stufe 2 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L). Sie hatte einschlägige Berufserfahrung von über 13 Jahren bei anderen Arbeitgebern der Bundesrepublik gesammelt. Sie wollte festgestellt wissen, dass das beklagte Land verpflichtet war, sie nach Stufe 5 der Entgeltgruppe 8 TV-L zu vergüten. Im Parallelverfahren (6 AZR 244/16) klagte ein Schulpsychologe, welcher ebenfalls einschlägige Berufserfahrung im Inland nachweisen konnte, jedoch weder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union noch im europäischen Wirtschaftsraum beschäftigt war oder dort eine Qualifikation erlangt hatte. Auch in diesem Fall unterlag das Arbeitsverhältnis dem TV-L.

ENTSCHEIDUNG

Die Kläger waren aus Sicht des BAG zutreffend eingruppiert. Ihre Berufserfahrung war nicht zu berücksichtigen. Zwar hatten sie jeweils eine einschlägige Berufserfahrung bei anderen Arbeitgebern erworben. Diese waren aber nicht mit anrechnungsfähigen Zeiten mit dem beklagten Land gleichzustellen. Auf einen etwaigen Verstoß des § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV sowie Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die

Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeitsverordnung) konnten sich die Kläger nicht berufen, da diese Vorschriften nicht einschlägig waren. Da die Kläger nie in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als in der BRD beschäftigt waren und in anderen Staaten auch keine Qualifikationen erworben hatten, fehlte es an dem erforderlichen Auslandsbezug der Sachverhalte. Art. 45 AEUV erfasst keine rein internen, auf einen Mitgliedstaat beschränkten Sachverhalte. Die rein hypothetische Möglichkeit der Kläger, das Recht auf Freizügigkeit auszuüben, reichte nicht aus.

KONSEQUENZEN

Das Arbeitsentgelt bei Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes richtet sich gem. § 15 Abs. 1 Satz 2 TVöD/TV-L nach der Eingruppierung. Innerhalb einer Entgeltgruppe können dann bis zu sechs Stufen durchlaufen werden (§ 16 Abs. 1 TVöD/TV-L). Die Ermittlung der zutreffenden Stufe, auch Stufenzuordnung genannt, ist abhängig von der bereits zurückgelegten Beschäftigungszeit. § 16 Abs. 2 TV-L differenziert dabei danach, bei welchem Arbeitgeber die Vorbeschäftigungszeiten zurückgelegt wurden und privilegiert einschlägige Beschäftigungszeiten beim selben Arbeitgeber. § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L berücksichtigt konkret mindestens einjährige einschlägige Berufserfahrung aus einem Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber vollständig, während mindestens einjährige einschlägige Berufserfahrung bei anderen Arbeitgebern gem. § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L nur einen Anspruch auf die Zuordnung zu Stufe 2 bzw. 3 vermittelt. Insbesondere dann, wenn die Vorbeschäftigungszeiten bei einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zurückgelegt wurden, stellt sich daher die Frage einer mittelbaren Diskriminierung.

Das BAG konnte in den vorliegenden Entscheidungen die Frage, ob § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L mit Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeitsverordnung vereinbar ist, dahinstehen lassen. Die Sachverhalte wiesen nicht den erforderlichen Auslandsbezug auf. Die rein hypothetische Möglichkeit einer Verletzung der Kläger war nicht ausreichend. Damit hat das Gericht die Frage, inwieweit § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L zu einer mittelbaren Diskriminierung führt und damit gegen das europäische Freizügigkeitsrecht verstößt, offengelassen. Das BAG deutet in seinen Entscheidungen aber an, dass bei entsprechendem Sachverhalt ein Vorabentscheidungsersuchen nötig werden würde.

Der EuGH hatte in der Sache Schöning-Kougebetopoulou (Urt. v. 15.1.1998 – C-15/96) Bestimmungen des deutschen BAT für unwirksam gehalten, die Zeiten in einem vergleichbaren Betätigungsfeld im öffentlichen Dienst eines anderen

Mitgliedstaats von einem Zeitaufstieg in einer bestimmten Vergütungsgruppe ausnahmen, während Zeiten in einer vergleichbaren Betätigung in der Bundesrepublik im Unterschied dazu angerechnet wurden. Der Unterschied zu § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L liegt darin, dass nach letzter Vorschrift auch Zeiten in der Bundesrepublik bei einem anderen Arbeitgeber nicht anrechnungsfähig sind. Insofern hatte das BAG bereits entschieden, dass diese Unterscheidung zwischen Beschäftigungszeiten bei verschiedenen Arbeitgebern in § 16 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 TV-L nicht diskriminierend ist (BAG, Urt. v. 23.9.2010 – 6 AZR 180/09). Die Frage der Vereinbarkeit des § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L mit dem europäischen Recht auf Freizügigkeit ist inzwischen Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des BAG (v. 18.1.2018 – 6 AZR 232/17 [A]).

PRAXISTIPP

Die Frage, ob § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist, ist weiterhin offen. Ähnliche Fragen zur Vereinbarkeit mit dem Europarecht stellen sich etwa für § 16 Abs. 2 Satz 4 TVöD (Bund). Auch hier wird bei der Stufenzuordnung zwischen Arbeitnehmern differenziert, die ihre einschlägige Berufserfahrung bei demselben Arbeitgeber erworben haben und Arbeitnehmern, die ihre Berufserfahrung anderweitig erworben haben. Arbeitgeber sollten die Entwicklung in der Rechtsprechung hierzu im Blick behalten.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International
Packaging Solutions, Brühl, sowie
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*