

Newsletter Nr. 2 / 2010



Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

viele von Ihnen/Euch befinden sich momentan mitten in der Betriebsratswahl und haben diesbezüglich alle Hände voll zu tun. Obwohl uns dies bestens bekannt ist, weil wir den einen oder anderen von Ihnen/Euch dabei tatkräftig unterstützen, haben wir uns nicht davon abhalten lassen, auch während des regulären Wahlzeitraums unseren Newsletter zu erstellen. Schließlich dürfen wir davon ausgehen, dass Ihr/Euer Betrieb auch während der Wahlen nicht still steht, denn auch hierüber erreicht uns die eine oder andere Information.

Im kollektivrechtlichen Teil haben wir in dieser Ausgabe unter verschiedenen Blickwinkeln mögliche Unterlassungsansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber betrachtet. Dies ist insbesondere für diejenigen relevant, deren Arbeitgeber gelegentlich Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen und/oder sozialen Angelegenheiten übersieht oder übergeht. Aber auch in Betrieben und Unternehmen, in denen in der Regel vertrauensvoll zusammengearbeitet wird, kann z. B. in Verhandlungssituationen das Wissen darüber hilfreich sein, inwieweit „voreilige“ Maßnahmen des Arbeitgebers ggf. gestoppt werden können.

Der individualrechtliche Teil befasst sich hauptsächlich mit Kündigungen.

Last but not least ist diesem Newsletter eine Einladung zu unserem Kanzleigespräch am 20.05.2010 in Frankfurt am Main beigelegt, zu dem wir hoffen, Sie/Euch zahlreich begrüßen zu dürfen.

Ihr Team

Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen

Ihr Team

in Düsseldorf-Berlin-Frankfurt/Main-Köln finden Sie auf der letzten Seite sowie unter www.schneider-schwiegler.de



Inhaltsverzeichnis:

A. Kollektives Arbeitsrecht

1. **Versetzung – Allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats**
BAG, Beschluss vom 23.06.2009, 1 ABR 23/08 S. 3
2. **Zwangsvollstreckung durch Betriebsrat aus einem Unterlassungstitel**
Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 08.05.2009, 4 Ta 139/09 S. 6
3. **Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderungen**
LAG Köln, Beschluss vom 27.05.2009, 2 TaBVGa 7/09 S. 9

B. Individuelles Arbeitsrecht

4. **Folgen einer Sozialauswahl ohne Punkteschema**
LAG Hamm, Urteil vom 21.01.2009 – 2 Sa 1351/08 S. 12
5. **Diskriminierende deutsche Kündigungsfristberechnung**
EuGH, Urteil vom 19.01.2010, C-555/08
Kücükdeveci ./ Swedex GmbH & Co. KG S. 15
6. **Steuerliche Behandlung einer Abfindung wegen unbefristeter
Arbeitszeitreduzierung**
BFH, Urteil vom 25.08.2009– IX R 3/09 S. 19
7. **Kündigung und Auflösungsantrag wegen kritischer Äußerung
über den Arbeitgeber**
LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.02.2010, 2 Sa 59/09 S. 22

C. Aktuelle Veröffentlichungen S. 26

D. Veranstaltungen S. 27

Newsletter Nr. 2 / 2010



1. Versetzung – Allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats

BAG, Beschluss vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08

Leitsatz:

Dem Betriebsrat steht kein allgemeiner, von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängiger Unterlassungsanspruch zur Seite, um eine gegen § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG oder § 100 Abs. 2 BetrVG verstoßende personelle Einzelmaßnahme zu verhindern.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf Unterlassung bestimmter personeller Einzelmaßnahmen.

Die Arbeitgeberin ist ein Luftfahrtunternehmen. Der beteiligte Betriebsrat ist die für ihren Landbetrieb D gewählte Arbeitnehmervertretung. Im dortigen Bereich der Flugzeugabfertigung werden in jeder Schicht regelmäßig sechs sog. Professional Operations 1 und ein sog. Allrounder Operations 2 eingesetzt. Die beiden Beschäftigtengruppen werden tariflich unterschiedlich vergütet. Von den sechs „Professionals“ arbeiten rollierend ein bis zwei Personen im Innendienst, vier bis fünf auf dem Flughafenvorfeld. Der „Allrounder“ arbeitet vorwiegend im Innendienst. Gelegentlich übernimmt er Überwachungsaufgaben auf dem Vorfeld oder erledigt die Aufgaben von „Professionals“. Im Bereich der Fluggastabfertigung sind in jeder Schicht neben mehreren „Professionals Service 1“ regelmäßig fünf „Allrounder Service 2“ tätig. Im Bereich Ticketschalter werden in der Regel zehn „Professionals Service 1“ und ein „Allrounder Service 2“, in der Gepäckermittlung neben mehreren „Professionals Service 1“ ein „Allrounder Service 1“ eingesetzt.

Im Bedarfsfall werden die „Allrounder“ von einem im gleichen Bereich tätigen „Professional“ vertreten. Dieser nimmt üblicherweise nicht sämtliche Aufgaben des „Allrounder“, insbesondere keine Vorgesetztenfunktionen wahr.

Die Arbeitgeberin beteiligt den Betriebsrat nach §§ 99, 100 BetrVG, wenn die Vertretung eines „Allrounders“ durch einen „Professional“ voraussichtlich länger als einen Monat andauert. Sie beteiligt den Betriebsrat nicht, wenn die Vertretungszeit kürzer bemessen ist. Der Betriebsrat hat die Ansicht vertreten, die Arbeitgeberin bedürfe auch bei solchen kurzzeitigen Maßnahmen seiner Zustimmung. Auch bei diesen handele es sich um Versetzungen. Angesichts der unterschiedlichen Arbeitsaufgaben, Anforderungen an die Qualifikation und hierarchischen Einordnung liege eine erhebliche Änderung der Tätigkeit vor.

Der Betriebsrat hat beantragt,

der Arbeitgeberin unter Androhung eines der Höhe nach vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgelds für jeden Fall der Zuwiderhandlung aufzugeben, es zu unterlassen, ohne seine vorherige - erteilte, als erteilt geltende oder gerichtlich ersetzte - Zustimmung Mitarbeiter aus der Jobgruppe Professional Operations 1 als Allrounders Operations 2 und Mitarbeiter aus der Jobgruppe Professional Service 1 der Bereiche Fluggastabfertigung und Ticketcounter als Allrounder Service 2 sowie Mitarbeiter aus der Jobgruppe Professional Service 1 des Bereichs Gepäckermittlung als Allrounder Service 1 einzusetzen, sofern nicht die Maßnahme aus sachlichen Gründen iSv. § 100 BetrVG dringend erforderlich ist, auch wenn der Einsatz die Dauer von einem Monat voraussichtlich nicht überschreitet;

hilfsweise,

festzustellen, dass der Einsatz von Mitarbeitern aus der Jobgruppe Professional Operations 1 als Allrounder Operations 2 und Mitarbeitern aus der Jobgruppe Professional Service 1 der Bereiche Fluggastabfertigung und Ticketcounter als Allrounder Service 2 sowie Mitarbeiter aus der Jobgruppe Professional Service 1 des Bereichs Gepäckermittlung Lost and Found als Allrounder Service 1 auch dann als Versetzung mitbestimmungspflichtig iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG ist, wenn der Einsatz von vornherein auf einen Zeitraum von weniger als einen Monat begrenzt ist.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Dem hat das Arbeitsgericht Düsseldorf entsprochen. Auf die Beschwerde des Betriebsrats hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf dessen Hauptantrag hinsichtlich des Einsatzes von Mitarbeitern der Jobgruppe „Professional Operations 1“ als „Allrounder“ stattgegeben; die weitergehende Beschwerde des Betriebsrats hat es zurückgewiesen. Dagegen haben beide Beteiligten Rechtsbeschwerde eingelegt.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat beide Anträge des Betriebsrats als unbegründet zurückgewiesen.

Die Zurückweisung des Hauptantrags wurde damit begründet, dass dem Betriebsrat gegen die Durchführung personeller Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG kein allgemeiner Unterlassungsanspruch zusteht, auf den das Begehren gestützt werden könnte. Diese Frage hatte das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1994 noch offen gelassen. Schon damals hatte es zutreffend erkannt, dass ohne einen allgemeinen Unterlassungsanspruch eine Lücke im Schutz des dort gewährten Mitbestimmungsrechts bestehe, weil der dem Betriebsrat zustehende Antrag nach § 101 BetrVG nur im Nachhinein wirke. Im Falle von kurzfristigen personellen Einzelmaßnahmen, die sich vor Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung durch Zeitablauf erledigen, kommt der Rechtsschutz nach den §§ 100, 101 BetrVG zu spät.

Davon geht das Bundesarbeitsgericht auch in seiner neuen Entscheidung aus, hält jedoch im Ergebnis die damit in Frage stehende Position des Betriebsrats nicht für rechtlich geschützt. Es hat damit zumindest vorerst den Streit entschieden, ob diese Schutzlücke durch einen ergänzenden Unterlassungsanspruch geschlossen werden muss oder ob die §§ 100, 101 BetrVG vielmehr eine abschließende Regelung darstellen. Es vertritt dabei die Ansicht, dass nach der Konzeption der §§ 100, 101 BetrVG das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG nicht als absolut geschützt anzusehen ist. Vielmehr müsse der Betriebsrat zunächst das Bestehen seines Mitbestimmungsrechts gemäß § 256 Abs. 1 ZPO feststellen lassen und könne dann ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 23 Abs. 3 BetrVG vorgehen.

Das Bundesarbeitsgericht sieht dabei die gesetzliche Regelung der §§ 100, 101 BetrVG als speziell und abschließend an. Aus diesem Grund habe der Betriebsrat für die Dauer des Verfahrens nach §§ 100, 101 BetrVG vorläufig personelle Maßnahmen hinzunehmen, auch ohne dass die Zustimmung von ihm erteilt oder durch das Gericht ersetzt wurde. Die Schutzlücke, die bei kurzfristigen personellen Maßnahmen dadurch entsteht, dass diese vor Beendigung des Gerichtsverfahrens erledigt sind, soll eben Ausdruck der vom Gesetzgeber bewusst abgeschwächten Rechtsmacht des Betriebsrats und aus diesem Grund hinzunehmen sein.

Hinweis:

1. Kritik

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass es sich bei den Regelungen der §§ 100, 101 BetrVG um Sonderregelungen handelt. Die Vertreter dieser Auffassung sehen diese jedoch nur innerhalb ihres Anwendungsbereichs als abschließend an. In den Fällen, in denen eine Schutzlücke besteht, halten sie einen allgemeinen Unterlassungsanspruch durchaus für gegeben. Der Betriebsrat könne nicht ernsthaft auf ein Aufhebungsverfahren nach § 101 BetrVG verwiesen werden, das erst zu einem Zeitpunkt greift, zu dem es nichts mehr zu beseitigen gibt.

Dem Betriebsrat könne es nicht zugemutet werden, die Maßnahme des Arbeitgebers abzuwarten, nur um sie dann wieder beseitigen zu lassen. Eine solche Vorgehensweise widerspreche der Logik von Abwehrrechten. Dies müsse insbesondere dann gelten, wenn der Arbeitgeber die endgültige Maßnahme ohne Rücksicht auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bereits angekündigt hat.

Der vom Bundesarbeitsgericht für § 87 BetrVG geforderte Grundsatz des effektiven Schutzes der dort geregelten Mitbestimmungsrechte würde für den ebenso bedeutsamen § 99 BetrVG außer Acht gelassen, wenn man den ergänzenden allgemeinen Unterlassungsanspruch trotz Vorliegens der sich aus § 101 BetrVG ergebenden Schutzlücke verneinen würde.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Zusammen mit den von der zweiten Ansicht vorgetragenen Argumenten spricht folglich auch weiterhin vieles dafür, einen ergänzenden Unterlassungsanspruch auch im Falle des § 99 BetrVG zu bejahen. Für die Fälle, in denen die §§ 100, 101 BetrVG eingreifen, wird es nach der vorliegenden Entscheidung allerdings schwierig sein, diese Auffassung vor Gericht durchzusetzen. Dies ist nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Auswirkungen, die diese Entscheidung auf die einzelnen Arbeitnehmer haben könnte, als kritisch zu betrachten.

2. Verbleibender Spielraum für einstweilige Verfügungen i. R. d. § 99 BetrVG

§ 23 Abs. 3 BetrVG bleibt von der hier behandelten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unberührt. Der Betriebsrat sollte sich daher bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen dessen Pflichten aus § 99 BetrVG in folgenden Fällen nicht von dem Versuch abbringen lassen, eine einstweilige Verfügung zu erlangen:

- Der Betriebsrat hat bereits erfolgreich gerichtlich feststellen lassen, dass er in einer bestimmten Konstellation nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist, und der Arbeitgeber missachtet diesen Gerichtsbeschluss.
- Bei offensichtlichen Verstößen gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG, die darüber hinaus Besonderheiten aufweisen, z. B. im Zusammenhang mit einer systematischen, absichtlichen Missachtung von Beteiligungsrechten stehen.

Den Hilfsantrag hat das Bundesarbeitsgericht zurückgewiesen, weil es sich bei den Maßnahmen nicht um Versetzungen im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG handelte. Diesbezüglich hat es sich detailliert damit auseinandergesetzt, was im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG unter einer erheblichen Änderung der Umstände, unter denen die Arbeit zu leisten ist, zu verstehen ist.

Bedeutung für die Praxis:

Verletzungen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 99 BetrVG durch kurzfristige Maßnahmen seitens des Arbeitgebers sind auch weiterhin im Normalfall nicht durch einen allgemeinen Unterlassungsanspruch abzuwehren, und die Chance auf eine Rechtsprechungsänderung ist damit in absehbarer Zeit diesbezüglich deutlich vermindert.

Der Betriebsrat wird vielmehr bei Verstößen gegen § 99 BetrVG dazu angehalten sein, zunächst das Bestehen seines Mitbestimmungsrechts gemäß § 256 Abs. 1 ZPO feststellen zu lassen. Verstößt der Arbeitgeber dann erneut gegen das Mitbestimmungsrecht und damit auch gegen die Gerichtsentscheidung, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein grober Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG vor. Gegen diesen kann der Betriebsrat dann wie immer im Wege der einstweiligen Verfügung vorgehen.

Praxistipp:

Der Betriebsrat sollte also nicht zu lange zögern, bevor er ein Beschlussverfahren einleitet, in dem das Bestehen eines streitigen Mitbestimmungsrechts festgestellt wird. In der Vergangenheit haben die Gerichte teilweise hohe Anforderungen an ein Feststellungsinteresse des Betriebsrats gestellt. Dies dürfte nun großzügiger zu handhaben sein, nachdem es sich um den einzigen unstreitigen Weg handelt, auf den das Bundesarbeitsgericht noch dazu selbst verwiesen hat, um den Weg für eine etwaig erforderlich werdende einstweilige Verfügung gemäß § 99 i. V. m. § 23 Abs. 3 BetrVG zu ebnen.

Vom Bundesarbeitsgericht für zulässig erachtet wurden z. B. Anträge, die darauf gerichtet waren, festzustellen,
→ dass die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags der Zustimmung des Betriebsrats bedarf,
→ dass die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern über eine tarifliche Altersgrenze hinaus mitbestimmungspflichtig ist,
→ dass die Abordnung von Arbeitnehmern einer Filiale in eine andere Filiale für die aufnehmende Filiale auch dann als Versetzung mitbestimmungspflichtig ist, wenn sie nur für wenige Tage erfolgt.

Newsletter Nr. 2 / 2010



2. Zwangsvollstreckung durch Betriebsrat aus einem Unterlassungstitel

LAG Frankfurt, Beschluss vom 08.05.2009, 4 Ta 139/09

Leitsatz:

1. Das Recht des Betriebsrats zur Zwangsvollstreckung aus einem Unterlassungstitel gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entfällt nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber den Titel einige Jahre lang befolgt hat (entgegen LAG Schleswig-Holstein 27.12.2001 – 1 TaBV 15 c/01 – NZA-RR 2002, 357).
2. Die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung der vorläufigen Durchführung einer personellen Maßnahme von § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG beginnt auch dann erst mit dem Beginn der Durchführung der Maßnahme zu laufen, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat bereits zu einem früheren Zeitpunkt über die bevorstehende vorläufige Durchführung unterrichtet hatte.
3. Bei der Ordnungsgeldfestsetzung gemäß § 23 Abs. 3 Satz 2 BetrVG wegen eines Verstoßes gegen einen Unterlassungstitel nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist dem Arbeitgeber ein Verschulden von Personalsachbearbeitern in der Regel nur zuzurechnen, wenn dieses auf einem dem Arbeitgeber zurechenbaren Organisationsverschulden beruht.

Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin betreibt eine Spedition mit regelmäßig mehr als zwanzig Arbeitnehmern. Am 11.04.2000 hat der dort gewählte Betriebsrat einen rechtskräftigen Gerichtsbeschluss erwirkt. Danach war der Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin aufgegeben, „es zu unterlassen, Einstellungen von Leiharbeitnehmern ohne vorherige – erteilte, als erteilt geltende oder gerichtlich ersetzte – Zustimmung des Betriebsrats vorzunehmen, es sei denn, der Arbeitgeber hat die notwendigen Schritte für eine vorläufige personelle Maßnahme gemäß § 100, § 100 Abs. 2 BetrVG eingeleitet“. Gleichzeitig wurde der Arbeitgeberin für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld von

bis zu DM 20.000 angedroht. Dieser Titel wurde nach Eintritt der Rechtsnachfolge auf die Arbeitgeberin umgeschrieben, eine vollstreckbare Ausfertigung des umgeschriebenen Titels wurde ihr am 08.05.2006 zugestellt.

Auf den Titel hatte sich der Betriebsrat bereits zweimal berufen. Wegen Verstößen gegen den Titel in der Zeit zwischen Ende 2001 und Anfang 2002 hatte das Arbeitsgericht gegen die Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin mit Beschluss vom 21.06.2002 ein Ordnungsgeld in Höhe von DM 3.800 festgesetzt. Wegen angenommenen Verstößen im November 2006 hatte der Betriebsrat erneut die Festsetzung eines Ordnungsgeldes beantragt, jedoch hat das Arbeitsgericht diesen Antrag mit Beschluss vom 29.06.2007 zurückgewiesen, da es sich nach seiner Ansicht bei dem Vorfall nicht um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung handelte. Eine dritte Erwähnung fand der Titel im Jahr 2005, als der Betriebsrat beim Arbeitsgericht auf der Grundlage eines anderen Verfahrens die Festsetzung eines Ordnungsgeldes beantragt hatte, diesen Antrag jedoch auf Hinweis des Arbeitsgerichts auf den Titel vom 11.04.2000 zurückgenommen hatte.

Am 16.01.2007 stellte das Landesarbeitsgericht rechtskräftig fest, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, den Betriebsrat beim Austausch von Leiharbeitnehmern durch den Verleiher während einer Verleihperiode bezüglich der neu eingegliederten Arbeitnehmer gemäß §§ 99, 100 BetrVG zu beteiligen. Hierüber unterrichtete die Arbeitgeberin die beiden zuständigen Personalsachbearbeiterinnen A und B im April 2007, gab ihnen eine Kopie des Beschlusses und wies sie an, künftig den Betriebsrat beim Austausch von Leiharbeitnehmern zu unterrichten.

In der Folgezeit erfüllten beide diese Weisung zunächst unbeanstandet. Mit Schreiben vom 21.12.2007 unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat über ihre Absicht, vom 01.01. bis zum 31.03.2008 18 Leiharbeitnehmer einzustellen und diese Maßnahme vorläufig durchzuführen. Der Betriebsrat widersprach den Einstellungen und bestritt gleichzeitig die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Durchführung der Maßnahme. Dieses

Newsletter Nr. 2 / 2010



Schreiben ging der Arbeitgeberin am 28.12.2007 zu. Diese beauftragte am selben Tag ihren Verfahrensbevollmächtigten mit der Einleitung eines Verfahrens nach §§ 99 Abs. 4, 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Der Schriftsatz ging am 02.01.2008 beim Arbeitsgericht ein. Bis Ende März 2008 wurden in 31 Fällen Leiharbeiter ausgetauscht. Hierbei versäumten Frau A und Frau B die Beteiligung des Betriebsrats, was die Geschäftsführung jedoch nicht wusste.

Der Betriebsrat beantragte daraufhin aufgrund des Titels vom 11.04.2000 die Festsetzung eines Ordnungsgeldes in Höhe von EUR 490.000. Er vertritt die Ansicht, die Arbeitgeberin habe in 49 Fällen schuldhaft seine Beteiligungsrechte verletzt. Die Arbeitgeberin beruft sich darauf, der Unterlassungstitel sei durch Zeitablauf entfallen. Dem hat sich das Arbeitsgericht angeschlossen und den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrats ebenfalls zurückgewiesen, allerdings mit einer anderen Begründung. Die Entscheidung befasst sich daher im Ergebnis mit drei für die Praxis wichtigen Rechtsfragen.

1. Gegen den Arbeitgeber gerichtete gerichtliche Titel des Wortlauts „es zu unterlassen, Einstellungen von Leiharbeitnehmern [Anmerkung: oder eine andere personelle Maßnahme nach § 99 BetrVG] ohne vorherige – erteilte, als erteilt geltende oder gerichtlich ersetzte – Zustimmung des Betriebsrats vorzunehmen, es sei denn, der Arbeitgeber hat die notwendigen Schritte für eine vorläufige personelle Maßnahme gemäß § 100 Abs. 2 BetrVG eingeleitet“ sind in der Praxis relativ häufig. Eine gesetzliche Sonderregelung für ihre Geltungsdauer besteht deshalb nicht.

Das LAG Schleswig-Holstein hat insofern in einem Beschluss vom 27.12.2001 (1 TaBV 15 c/01) die Ansicht vertreten, es erscheine jedenfalls nach über acht Jahren fraglich, ob aufgrund eines Unterlassungstitels noch eine Ordnungsgeldverurteilung erfolgen darf. Zwar unterlägen

rechtskräftig festgestellte Ansprüche eigentlich der dreißigjährigen Verjährung. Das Bundesarbeitsgericht habe jedoch eine Parallelität zwischen den Unterlassungstiteln des Betriebsrats aus § 23 Abs. 3 BetrVG und der individualrechtlichen Abmahnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber gezogen. Der Unterlassungstitel des Betriebsrats aus § 23 Abs. 3 BetrVG sei die „Abmahnung des Arbeitgebers“. Diese verliere, so das LAG Schleswig-Holstein, vielleicht nicht bereits nach zwei Jahren ihre Mahnfunktion, jedenfalls aber nach den in diesem Fall zu beurteilenden acht Jahren.

Dem folgt das LAG Frankfurt nicht. Das Bundesarbeitsgericht habe lediglich auf Ähnlichkeiten in der Funktion zwischen § 23 Abs. 3 BetrVG und der individualrechtlichen Abmahnung hingewiesen. Dies rechtfertige nicht, von der 30jährigen gesetzlichen Verjährungsfrist für gerichtliche Entscheidungen abzuweichen. Gerichtsentscheidungen seien in ihrer Wirkung wesentlich nachhaltiger als außergerichtliche Abmahnungen. Darüber hinaus solle ihnen eine Befriedungsfunktion zukommen, die nur gewährleistet werden könne, wenn der Rechtsfrieden auch langfristig geschaffen werde. Davon unabhängig habe der Betriebsrat im vorliegenden Fall seit dem 11.04.2000 in regelmäßigen Abständen Vollstreckungsanträge gestellt, wenn auch mit unterschiedlichem Erfolg. Die Arbeitgeberin durfte daher nicht darauf vertrauen, aus dem Titel nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

2. Möchte ein Arbeitgeber eine dringend erforderliche personelle Maßnahme vorläufig durchführen, weil der Betriebsrat sich innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG noch nicht geäußert oder gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG seine Zustimmung verweigert hat, muss er dies dem Betriebsrat mitteilen und darf bei Widerspruch des Betriebsrats die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Ein Teil der mit diesem Verfahren verbundenen Probleme wird in

Newsletter Nr. 2 / 2010



diesem Newsletter in der Entscheidung „Kein allgemeiner Unterlassungsanspruch bei § 99 BetrVG“ behandelt. Im vorliegenden Fall war fraglich, ob die Drei-Tages-Frist bereits mit dem Bestreiten des Betriebsrats oder erst dann anläuft, wenn die vorläufige Durchführung beginnt. Denn zwischen dem Bestreiten des Betriebsrats vom 28.12.2007 und dem Eingang des Schriftsatzes beim Arbeitsgericht am 02.01.2008 waren mehr als drei Tage vergangen. Das LAG ist der Ansicht, wenn der Arbeitgeber nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG „die vorläufige Maßnahme nur aufrechterhalten“ darf, „wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht“ den Antrag stellt, so müsse die vorläufige Durchführung bereits begonnen haben, damit die Frist anlaufen kann. Hierfür spreche auch, dass andernfalls ein Anreiz für Arbeitgeber geschaffen werden könnte, die Unterrichtung des Betriebsrats gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bis zum Beginn der vorläufigen Durchführung zurückzustellen. Der Wortlaut ist allerdings nicht zwingend. Viele Stimmen in der Literatur lassen die Frist bereits mit dem Widerspruch des Betriebsrats beginnen. Dafür sollte sprechen, dass bei der gebotenen engen Auslegung der „dringenden Erfordernisse“ von vornherein kein Raum verbleiben dürfte, um – wie vom LAG befürchtet – eine Unterrichtung des Betriebsrats zurückzustellen. Dafür spricht des weiteren, dass mit dem Widerspruch des Betriebsrats klare Verhältnisse bezüglich der jeweils vertretenen Ansichten bestehen. Ob die vorläufige Durchführung einer personellen Maßnahme dann dringend erforderlich ist, sollte so schnell wie möglich geklärt werden. Der Arbeitgeber hat, wie in der in diesem Newsletter behandelten Entscheidung „Kein allgemeiner Unterlassungsanspruch bei § 99 BetrVG“ dargestellt, ohnehin weitgehende Möglichkeiten, Sanktionen aus der Missachtung von Beteiligungsrechten gemäß § 99 BetrVG zu umgehen.

3. Das LAG weist außerdem nochmals darauf hin, dass die Festsetzung eines Ordnungsgeldes nicht nur ein Zwangsmittel ist, sondern auch Strafcharakter besitzt. Unabdingbare Voraussetzung ist daher ein Verschulden desjenigen, gegen den der Titel gerichtet ist. Bei juristischen Personen sind dies die Organmitglieder (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer), daneben

allenfalls Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und leitende Angestellte. Das Verschulden von anderen Angestellten kann der juristischen Person nicht zugerechnet werden. Verstößen Angestellte gegen einen Unterlassungstitel, kommt aber ggf. ein Organisationsverschulden der Organmitglieder in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn sie keine Anweisungen erteilt haben, die die Befolgung des Titels sicherstellen, oder erteilte Anweisungen nicht angemessen überwachen. Beides war jedoch vorliegend nicht der Fall. Die Personalsachbearbeiterinnen Frau A und Frau B hatten eine Kopie des Titels ausgehändigt bekommen und sich an dessen Inhalt gehalten. Bis zu den Verstößen gegen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats von Januar bis März 2008 bestand daher keine Veranlassung für die Arbeitgeberin, Kontrollen durchzuführen oder die nicht lange zurückliegende Anweisung zu wiederholen.

Bedeutung für die Praxis:

Vollstreckungsrecht ist kompliziert. Die Vollstreckung von Titeln, die der Betriebsrat vor einem Arbeitsgericht erwirkt hat, muss einem Anwalt überlassen werden. Wichtig ist jedoch für den Betriebsrat, überhaupt zu wissen, dass er mehrere Jahre alte Gerichtsbeschlüsse noch „verwerten“ kann. Zu beachten ist nur, dass der Titel für den aktuell zu rügenden Verstoß des Arbeitgebers gegen ein Mitbestimmungsrecht einschlägig sein muss. So gilt der vorliegend behandelte Titel für jegliche Einstellungen von Leiharbeitnehmern, nicht jedoch für Einstellungen von unternehmensangehörigen Arbeitnehmern oder für Versetzungen, obwohl sich in allen Fällen die Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG richten.

Widerspricht der Betriebsrat der vorläufigen Durchführung einer personellen Maßnahme nach §§ 99, 100 BetrVG und stellt der Arbeitgeber nicht innerhalb von drei Tagen nach dem Widerspruch den Antrag nach § 100 Abs. 2 BetrVG, sollte die Versäumung der Frist in jedem Fall gerügt werden, um dem Arbeitsgericht die Gelegenheit zu geben, sich der hier vertretenen Rechtsansicht anzuschließen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



3. Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderungen

LAG Köln, Beschluss vom 27.05.2009, 2 TaBVGa 7/09

Leitsatz:

Kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei geplanter Betriebsänderung, insbesondere kein Verfügungsgrund bei verhandlungsbereitem Arbeitgeber.

Sachverhalt:

Der Gesamtbetriebsrat machte einen Unterlassungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung wegen einer von der Geschäftsführung beabsichtigten Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) geltend.

Das Arbeitsgericht hatte die Anträge ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen. Zur Begründung hatte das Arbeitsgericht darauf abgestellt, ein Verfügungsanspruch sei nicht gegeben. Es bestehe kein Unterlassungsanspruch hinsichtlich einer Betriebsänderung bis zum Abschluss von Interessenausgleichsverhandlungen.

Gegen diesen Beschluss hatte der Gesamtbetriebsrat Beschwerde eingelegt und hatte sich zur Begründung auf verschiedene Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten bezogen, in denen ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats immer dann bejaht wird, wenn ein Arbeitgeber sich anschickt, eine Betriebsänderung ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats durchzuführen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Nach Auffassung des LAG Köln besteht kein allgemeiner Unterlassungsanspruch zum Schutz der Informations- und Beratungsrechte bei Betriebsänderungen. Nach Auffassung des Gerichtes lasse der Gesetzeswortlaut an keiner Stelle erkennen, dass der Gesetzgeber bei Betriebsänderungen dem Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch einräumen wolle. Die Rechtsfolgen von Ver-

letzungen des Unterrichts- und Beratungsrechts des Betriebsrats seien in § 113 BetrVG und in § 121 BetrVG geregelt. Damit meint das LAG wohl, dass diese Regelungen hinreichend und damit abschließend seien.

Auch aus der Struktur und der Funktion der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmersvertretungen bei Betriebsänderungen ergebe sich nichts Gegenteiliges, da es sich beim Mitbestimmungsrecht nach § 111 BetrVG im Gegensatz zu dem nach § 87 BetrVG – bei dem ein Unterlassungsanspruch weitgehend anerkannt ist – nicht um ein zwingendes handle. Im Rahmen des § 111 BetrVG handle es sich nur um einen Beratungsanspruch – bei § 87 BetrVG um ein zwingendes Mitbestimmungsrecht, dessen Nichtbeachtung unter Umständen sogar zur Unwirksamkeit der Maßnahme führe.

Zudem ergäben sich aus den Umständen des Gesetzgebungsverfahrens anlässlich der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 Anhaltspunkte, die gegen einen solchen Unterlassungsanspruch sprechen würden. Damit stehe auch der anzunehmende Wille des Gesetzgebers dem allgemeinen Unterlassungsanspruch nach §§ 111 ff. BetrVG entgegen.

Hinweis:

Nach der zwar nicht unumstrittenen, aber zutreffenden und vordringenden Rechtsprechung einer Reihe von Landesarbeitsgerichten steht dem Betriebsrat entgegen dem Beschluss des LAG Köln ein Anspruch auf Unterlassung der Durchführung von Betriebsänderungen bis zum Abschluss der vom Arbeitgeber insofern geschuldeten Information und Beratung zu.

Die dieser Rechtsauffassung vorliegend vom Landesarbeitsgericht Köln entgegen gesetzten Argumente vermögen nicht zu überzeugen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Aus dem Umstand, dass der Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt für einen Unterlassungsanspruch hergibt, lassen sich für den Schutz der Verfahrensrechte der §§ 111 ff. BetrVG keine anderen Rückschlüsse ziehen als sie sich für den auch vom LAG Köln im Anschluss an das Bundesarbeitsgericht bejahten Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen § 87 BetrVG ergeben. Denn auch insofern fehlt jegliche Grundlage im Gesetzeswortlaut.

Sowohl zu § 87 BetrVG als auch zu den §§ 111 ff. BetrVG ergibt sich der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats vielmehr aus dem allgemeinen, in einer Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen – allerdings außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes – sich wiederfindenden Rechtsgrundsatz, dass im deutschen Recht durch den Gesetzgeber keine Rechte eingeräumt werden, die im Anschluss daran dann nicht auch geschützt und durchsetzbar sind. Wenn der Bestand eines Rechtes davon abweichend keinen gerichtlichen Schutz genießen soll, setzt dies vielmehr eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers voraus.

Im Hinblick auf den gebotenen verfahrensrechtlichen Schutz gibt es auch keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem im Wesentlichen unstreitigen Schutz der Mitbestimmungsrechte des § 87 BetrVG und dem hier zu entscheidenden Schutz der Verfahrensrechte gemäß §§ 111 ff. BetrVG. Maßgeblich ist vielmehr, dass nicht nur erzwingbare Mitbestimmungsrechte, sondern auch die in den §§ 111 ff. BetrVG geregelten Informations- und Beratungsrechte subjektive Rechte des Betriebsrats darstellen.

Es trifft zwar zu, dass zwischen dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 BetrVG und den Verfahrensrechten nach §§ 111 ff. BetrVG sowie vergleichbarer Vorschriften Unterschiede bestehen. Diese sind allerdings nicht so fundamental, dass im ersten Fall das Mitbestimmungsrecht als subjektives Recht, im zweiten Fall jedoch das Informations- und Beratungsrecht als ein Recht minderer Qualität bewertet werden

könnte. Im Gegensatz zu der Rechtsauffassung des LAG Köln ist der offenkundig vorhandene Unterschied zwischen Mitbestimmungs- und Beratungsrechten zwar vorhanden, für die Qualifizierung dieser Rechte als subjektive und damit gerichtlich geschützte Rechte jedoch völlig unerheblich.

Auch die Umstände des Gesetzgebungsverfahrens anlässlich der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahre 2001 können in keinem Falle als Beleg gegen einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG herangezogen werden. Dass der Gesetzgeber die Initiativen des Deutschen Gewerkschaftsbundes und der PDS-Bundestagsfraktion zur ausdrücklichen Aufnahme eines Unterlassungsanspruchs nicht aufgegriffen hat, kann nicht als gesetzgeberische Ablehnung eines solchen Anspruchs gewertet werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier überhaupt keine Entscheidung getroffen, um den sonst damit verbundenen Konflikten, insbesondere aber einer aus seiner Sicht unerwünschten Bundesratspflichtigkeit des gesamten Gesetzgebungsvorhabens aus dem Wege zu gehen.

Völlig übersehen hat das LAG Köln die europarechtliche Dimension der Problematik. Seit Verstreichen der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2002/14/EG am 23.03.2005 ist im Wege richtlinienkonformer Auslegung ein Unterlassungsanspruch anzuerkennen. Dass § 113 BetrVG den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch auf Nachteilsausgleich einräumt, stellt keine wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion zum Schutz der durch §§ 111 ff. BetrVG nicht den Arbeitnehmern, sondern dem Betriebsrat eingeräumten Rechte dar.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Bedeutung für die Praxis:

Sowohl nach den Vorgaben des deutschen als auch des europäischen Arbeitsrechts besteht ein mittels der einstweiligen Verfügung durchsetzbarer Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegenüber Handlungen des Arbeitgebers, durch die die Verfahrensrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG entwertet und damit verletzt würden.

Dieser Auffassung haben sich in jüngster Zeit auch die Landesarbeitsgerichte in München und Nürnberg angeschlossen. Mit Hinblick auf die jüngste Entscheidung durch das LAG Köln hängt die Möglichkeit des Schutzes der Beratungs- und Informationsrechte auch weiterhin von dem örtlich zuständigen Gericht und der dort vertretenen Rechtsauffassung ab. Die Auffassung, dass ein Schutz durch einen allgemeinen Unterlassungsanspruch möglich ist, scheint sich jedoch mehr und mehr durchzusetzen und wird nunmehr auch von der Mehrzahl der Gerichte vertreten.

Newsletter Nr. 2 / 2010



4. Folgen einer Sozialauswahl ohne Punkteschema

LAG Hamm, Urteil vom 21.01.2009 – 2 Sa 1351/08

Leitsatz:

1. Es bleibt offen, ob sich die Entscheidung des BAG zur Aufgabe der Dominotheorie (BAG vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05) nur auf ein soziales Auswahlverfahren unter Verwendung eines Punkteschemas bezieht.
2. Hat der Arbeitgeber seiner sozialen Auswahl kein Punkteschema zugrunde gelegt, kann er einwenden, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei fehlerfreier Sozialauswahl entlassen worden wäre. Der Einwand bleibt erfolglos, wenn der Arbeitgeber nicht darlegen kann, dass das Ergebnis der sozialen Auswahl unter Zugrundelegung von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht zwangsläufig zu Lasten des gekündigten Arbeitnehmers ausgefallen wäre.

Sachverhalt:

Die Beklagte, die Küchenmöbel herstellt, hat nach Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste das Arbeitsverhältnis des Klägers sowie der 85 anderen in der Liste aufgeführten Arbeitnehmer gekündigt. Der Kläger ist verheiratet und einem Kind zum Unterhalt verpflichtet. Zum Zeitpunkt der Kündigung war er 39 Jahre alt und seit 16 Jahren im Unternehmen beschäftigt. Im Kündigungsschutzprozess rügte er die fehlerhafte Sozialauswahl. Zwei deutlich jüngeren Arbeitnehmern, die erst ca. fünf und acht Jahre bei der Beklagten beschäftigt seien und keine Unterhaltspflichten hätten, sei nicht gekündigt worden.

Die Beklagte beruft sich auf den Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit, auf den die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 5 KSchG aufgrund der mit dem Betriebsrat vereinbarten Namensliste beschränkt sei. Zwar habe man kein Punkteschema angewandt, lege man ein solches der getroffenen Auswahlentscheidung allerdings zugrunde, stelle man fest, dass aus der Vergleichsgruppe des Klägers insgesamt neun Mitarbeiter mit einer höheren Punktzahl – d. h. höherer Schutzwürdigkeit – als der Kläger entlassen worden seien. Der Kläger müsse demnach nicht nur zwei, sondern zehn ungekündigte Arbeitnehmer benennen, die deutlich weniger schutzwürdig seien als er. Andernfalls hätte die behauptete Fehlerhaftigkeit des Auswahlprozesses keinen Einfluss auf die getroffene Kündigungsentscheidung und diese sei rechtmäßig. Im Übrigen hätte die Weiterbeschäftigung auch jüngerer Arbeitnehmer der Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur gedient, da aufgrund dieser Maßnahme das Durchschnittsalter im Versand nur von 44 auf 45 Jahre gestiegen sei.

Das Arbeitsgericht Herford hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Sozialauswahl sei wegen der Weiterbeschäftigung der deutlich weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer grob fehlerhaft. Auf die ausgewogene Altersstruktur könne sich die Beklagte nicht berufen, da die Veränderung des Durchschnittsalters geringfügig sei. Das von der Beklagten nachträglich zugrunde gelegte Punkteschema sei mit dem Betriebsrat nicht abgestimmt.

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung insbesondere vorgetragen, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass sie den Kläger bei Anwendung des Punkteschemas und Kündigung von vier Arbeitnehmern mit geringerer Punktzahl ebenfalls hätte entlassen müssen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das LAG Hamm hat die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Ergebnis bestätigt.

Auch der Ansatz der Beklagten, dass Fehler im Auswahlprozess nur dann zur Sozialwidrigkeit einer Kündigung führen, wenn der Arbeitnehmer ohne diesen Fehler nicht gekündigt wurde, wird mit dieser Entscheidung bestätigt. Der Teufel steckt dann jedoch im Detail.

Zunächst gibt das LAG der Beklagten im Grundsatz Recht. Nach älterer Rechtsprechung konnte sich jeder einzelne gekündigte Arbeitnehmer auf eine einzige falsche Auswahlentscheidung berufen, wodurch – auch bei Massenentlassungen – sämtliche Kündigungen für unwirksam erklärt werden konnten („Dominotheorie“). Diese Rechtsprechung sah sich dem Vorwurf ausgesetzt, ein unzumutbares wirtschaftliches Risiko für kündigende Arbeitgeber darzustellen. Dementsprechend hat das BAG am 09.11.2006 (2 AZR 812/05) entschieden, dass der Arbeitgeber sich darauf berufen dürfe, dem klagenden Arbeitnehmer sei auch unter ordnungsgemäßer Berücksichtigung der Kriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG gekündigt worden. Das LAG Hamm tendiert dazu, daraus einen allgemeinen Grundsatz abzuleiten, der in allen Kündigungskonstellationen greift und nicht nur in dem vom BAG entschiedenen Fall, dass sich der Arbeitgeber bei einer Massenentlassungsanzeige bei der sozialen Auswahl eines Punkteschemas bedient.

Bei der Prüfung, ob der Fehler bei der Sozialauswahl für die Kündigungsentscheidung ursächlich geworden ist oder ob der klagende Arbeitnehmer ohnehin hätte gekündigt werden müssen, ist jedoch auf Genauigkeit und einen strengen Prüfungsmaßstab zu achten. Nicht ausreichend ist die bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, dass der klagende Arbeitnehmer bei fehlerfreier Sozialauswahl nicht gekündigt worden wäre. Es muss vielmehr ausgeschlossen sein, dass die Entscheidung des Arbeitgebers anders ausgefallen wäre. Dies ist bereits deshalb eine hohe Hürde für den

Arbeitgeber, weil das Gesetz ihm bei der Sozialauswahl einen gewissen Beurteilungsspielraum einräumt. Er muss also darlegen und beweisen, dass die Entscheidung, den klagenden Arbeitnehmer zu kündigen, unausweichlich gewesen wäre. Jede andere Entscheidung darf daher nicht von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt gewesen sein. Im entschiedenen Fall hat sich bei dem Versuch, die Kündigungsentscheidung nachträglich mit einem Punkteschema zu rechtfertigen, herausgestellt, dass die anderen gekündigten Arbeitnehmer teils mehr, teils weniger Punkte hatten als der Kläger. Das LAG konnte daher „nicht ansatzweise nachvollziehen“, dass der Kläger „in jedem Fall auch bei Anwendung der gesetzlichen Vorgabe des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zur Kündigung angestanden hätte“. Denn wie der Arbeitgeber den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum bei strikter Anwendung der Sozialkriterien des KSchG genutzt hätte, ist der Überprüfbarkeit durch die Arbeitsgerichte entzogen.

Hinweis:

Damit hat das LAG einem hier nicht geäußerten, aber denkbaren Begehren von Arbeitgebern eine Absage erteilt, ggf. nicht nur „das Punkteschema nachzuschieben“, sondern die Kündigungsentscheidung auch noch nachträglich durch ihren Beurteilungsspielraum zu rechtfertigen. Dies würde allerdings dem Sinn und Zweck des Beurteilungsspielraums nicht gerecht und würde missbräuchlichen Argumentationen Tür und Tor öffnen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Dieser differenzierten Argumentation wird der Versuch der Beklagten, die Kündigung mit einer einfachen mathematischen Berechnung zu lösen („neun schutzwürdigere Arbeitnehmer minus zehn weniger schutzwürdigere Arbeitnehmer = Unwirksamkeit der Kündigung“) nicht gerecht.

Schließlich hat das LAG klargestellt, dass auch dann, wenn es wegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen kann, der Beurteilungsspielraum der Betriebsparteien deutlich überschritten ist, wenn die soziale Schutzwürdigkeit eines gekündigten Arbeitnehmers derart höher ist als die eines ungekündigten Arbeitnehmers wie es im Verhältnis des Klägers zu den beiden Arbeitnehmern der Fall ist, die jünger sind als er, eine kürzere Betriebszugehörigkeit haben und im Gegensatz zu ihm niemandem zum Unterhalt verpflichtet sind.

Bedeutung für die Praxis:

Die Kündigung aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste ist in der Praxis ein eher seltener Fall. Der Betriebsrat kann gute Gründe haben, sich darauf einzulassen. Einer Namensliste ohne nachvollziehbare Regeln, d. h. ohne Punkteschema im Hintergrund, sollte er allerdings eine Absage erteilen. Eine Namensliste ohne Punkteschema dürfte häufig zu Recht im Verdacht stehen, „nach Nasenfaktor“ oder ähnlich anrühigen Kriterien erstellt worden zu sein. Will der Betriebsrat die Namensliste im Betrieb erfolgreich „verkaufen“, muss er diesbezüglich über jeden Verdacht erhaben sein.

In allen anderen Fällen kann Arbeitgebern nur dringend angeraten werden, für die Sozialauswahl auf ein Punkteschema zurückzugreifen. Es stehen mittlerweile mehrere von verschiedenen Gerichten anerkannte Schemata zur Verfügung, auch wenn bei den Urteilen zu berücksichtigen ist, dass sie sich immer nur mit den im konkreten Fall relevanten Aspekten eines Punkteschemas befassen. Nach Berechnung der Punktwerte verbleibt dem Arbeitgeber immer noch ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum. Arbeitgeber haben bei der Sozialauswahl jeden Grund dazu, das zur Verfügung stehende Hilfsmittel Punkteschema auch zu nutzen. Gerade in nicht ganz kleinen Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer werden deren Punktwerte häufig nah beieinander liegen. Der nachträgliche „Rettungsversuch“ des Arbeitgebers dürfte daher schon aus rein statistischen Gründen in vielen Fällen scheitern. An einer fehlerhaften Sozialauswahl hat allein der zu Unrecht gekündigte Arbeitnehmer ein Interesse, wenn er – wie häufig – eine höhere Abfindung aushandeln oder – wie äußerst selten – in den Betrieb zurückkehren möchte. Letzteres muss der Arbeitnehmer unabhängig von seinem tatsächlichen Ziel im Rahmen seiner Prozessstrategie bis mindestens zur Güteverhandlung behaupten. Die bloße Einreichung von Kündigungsschutzklagen kann daher das Betriebsklima erheblich belasten, wenn die Art und Weise der konkret durchgeführten Sozialauswahl ihre Fehlerhaftigkeit befürchten lässt. Schließlich ist kaum zu verhindern, dass jeder Arbeitnehmer aus der Vergleichsgruppe des klagenden Kollegen befürchtet, ggf. an dessen Stelle gehen zu müssen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



5. Diskriminierende deutsche Kündigungsfristberechnung

EuGH, Urteil vom 19.01.2010, C-555-07
Kücükdeveci ./ Swedex GmbH & Co. KG

Obersätze (Verf.):

1. Eine nationale Regelung, wonach vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden, verstößt gegen Unionsrecht, welches eine Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verbietet.
2. Es obliegt dem nationalen Gericht, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Beachtung des o. g. Diskriminierungsverbots sicherzustellen, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des nationalen Rechts unangewendet lässt. Eine Verpflichtung des nationalen Gerichts, zuvor eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Unvereinbarkeit einer Vorschrift mit dem Unionsrecht einzuholen, besteht nicht.

Sachverhalt:

Die hier behandelte Entscheidung des EuGH erging in einem deutschen Kündigungsschutzverfahren, in dem es auf die Frage ankam, zu welchem Zeitpunkt eine betriebsbedingte Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien beendet hat. Die Dauer der Kündigungsfrist richtet sich nach § 622 BGB. Dieser enthält in Abs. 1 und 2 eine Staffelung, nach der die Kündigungsfrist sich verlängert, je länger das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen bestanden hat. Die Staffel reicht von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats in den ersten

beiden Jahren bis zu sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats nach 20 Jahren Beschäftigungsdauer. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, gemäß § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht berücksichtigt.

Die im Februar 1978 geborene Klägerin war seit Juni 1996 und damit seit ihrem 18. Lebensjahr bei der Beklagten beschäftigt. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis nach vollendeten zehn Jahren im Dezember 2006 unter Berücksichtigung der gesetzlichen Frist, d. h. unter ausschließlicher Zugrundelegung der nach dem 25. Lebensjahr zurückgelegten Beschäftigungsdauer von drei Jahren. Danach betrug die angewandte Kündigungsfrist, von der Beklagten zutreffend berechnet, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats, während sie bei zehnjähriger Beschäftigungsdauer vier Monate zum Ende eines Kalendermonats betragen hätte. Die Klägerin machte geltend, die Nichtberücksichtigung der Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr verstoße gegen das europarechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Die Vorschrift dürfe deshalb nicht angewandt werden.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat dem EuGH daher sinngemäß folgende zwei Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Verstößt eine Vorschrift wie § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB tatsächlich gegen Europarecht oder kann die Ungleichbehandlung durch legitime Ziele gerechtfertigt werden?
2. Falls der Verstoß bejaht wird: Hat ein nationales Gericht in einem Rechtsstreit unter Privaten die europarechtswidrige Gesetzesregelung unangewendet zu lassen, oder muss das Vertrauen in geltende Gesetze dadurch geschützt werden, dass sie erst dann unangewendet bleiben müssen, wenn der EuGH über ihre Unanwendbarkeit entschieden hat?

Newsletter Nr. 2 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Die Entscheidung des EuGH über die erste Frage war nicht überraschend, zumal er bereits am 18.06.2009 (Az.C-88/08, behandelt in unserem Newsletter 2/2009) eine Regelung für unwirksam befunden hat, nach der vor dem 18. Lebensjahr liegende Dienstzeiten bei der Entgeltermittlung im österreichischen öffentlichen Dienst nicht anerkannt wurden. Die Ungleichbehandlung bei den deutschen Kündigungsfristen verstößt gegen Europarecht, weil sie nicht durch legitime Ziele gerechtfertigt werden kann. Bezüglich § 622 BGB betont der EuGH allerdings, dass die Vorschrift nicht ausschließlich gegen eine Richtlinie verstößt – hier die Richtlinie 2000/78/EG betreffend verschiedene Diskriminierungsverbote, die Deutschland in Form des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ in nationales Recht umgesetzt hat –, sondern dass es sich bei dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts handelt, welcher durch die genannte Richtlinie nur konkretisiert wird; zudem findet sich ein entsprechendes Diskriminierungsverbot in Art. 6 Abs. 1 EUV in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Hinweis:

Der Grund für diese auf den ersten Blick vielleicht etwas umständliche Argumentation liegt darin, dass die Beantwortung der zweiten Frage höchst problematisch ist: Darf ein deutsches Gericht deutsches Gesetzesrecht einfach unangewendet lassen? Nach deutschem Verfassungsrecht darf es dies nicht. Ist ein Gericht von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes überzeugt, muss es das Bundesverfassungsgericht entscheiden lassen, ob das Gesetz gegen das deutsche Grundgesetz verstößt oder nicht. Dies aus gutem Grund, schützt die Regelung doch zwei Säulen des Rechtsstaats:

Die Gewaltenteilung (hier zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, soweit es nicht diejenige des Bundesverfassungsgerichts ist) und die Rechtssicherheit, d. h. das unbedingt notwendige Vertrauen der Bürger in die Bestandskraft geltender Gesetze, solange diese nicht in gesetzlich vorgesehenen, geordneten Verfahren aufgehoben werden. Nun existiert eine ähnlich klare Verfahrensregelung für den Fall, dass deutsche Gesetze nicht gegen deutsches Verfassungsrecht, aber evtl. gegen Europarecht verstoßen, nicht. Zwar kann ein deutsches Gericht die Frage der Europarechtswidrigkeit von Gesetzen dem EuGH vorlegen. Jedoch sind weder die Rechtsfolge noch der Fall geregelt, dass das Gericht keine Vorlageentscheidung trifft. Relativ unproblematisch ist dies dann, wenn in dem Verfahren, in dem der EuGH die Europarechtswidrigkeit eines Gesetzes feststellt, ein Bürger seine Rechte gegen den deutschen Staat durchsetzen möchte: Dieser ist zur Einhaltung und ggf. Umsetzung von Europarecht verpflichtet, er ist daher bei Bestehen europarechtswidriger Gesetze nicht schutzwürdig und auch der Rechtsstaat ist nicht allzu sehr in Frage gestellt, wenn ein Gesetz für unwirksam oder unanwendbar erklärt wird. Äußerst problematisch ist diese Rechtsfolge aber dann, wenn – wie im vorliegenden Kündigungsschutzprozess – zwei Private um ihr Recht streiten, die mangels Alternativen darauf angewiesen sind, auf die Anwendbarkeit der bestehenden Gesetze zu vertrauen. Auch das Argument, vom EuGH für europarechtswidrig befundene Vorschriften seien schließlich jahrelang umstritten, trägt nicht, da ein solcher „vorsorglicher vorauseilender Gehorsam“ im Rechtsstaat mit Sicherheit die schlechteste Lösung darstellt und auch eine gute Informiertheit juristischer Fachkreise nicht auf den Normunterworfenen, z. B. einen kündigenden Kleinunternehmer, übertragen werden darf. Es spricht daher viel dafür, für einen

Newsletter Nr. 2 / 2010



vorübergehenden Zeitraum auf Kosten – kurzfristiger – materieller Gerechtigkeit darauf zu verzichten, für abgeschlossene Sachverhalte – z. B. Kündigungen – das anwendbare Recht nachträglich zu ändern, und stattdessen dem Gesetzgeber eine kurze Frist zur Änderung der Vorschrift aufzuerlegen oder wenigstens die Unanwendbarkeit erst ab der Entscheidung des EuGH gelten zu lassen. Diese Legitimitätsprobleme dürften erklären, weshalb der EuGH sich auf einen Verstoß der deutschen Kündigungsfristenregelung gegen Primärrecht beruft statt auf einen Verstoß „nur“ gegen eine Richtlinie, um zu rechtfertigen, dass die Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ohne Weiteres unanwendbar zu bleiben hat. Das Urteil fügt sich damit systematisch in eine Reihe weiterer Entscheidungen ein, in denen der EuGH Gesetze zwischen Privatleuten für unanwendbar erklärt hat und dafür z. T. heftig kritisiert wurde (z. B. der Fall „Mangold“, Urteil vom 22.11.2005 – C-144/04).

Nachdem der „Aufhänger“ im Primärrecht gefunden wurde, prüft der EuGH § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschließlich an der dieses konkretisierenden Richtlinie 2000/78/EG.

Hinweis:

Bei der Richtlinie 2000/78/EG handelt es sich um eine der vier Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierung, zu deren Umsetzung in deutsches Recht am 29.06.2006 das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz/AGG“ verabschiedet wurde. Die Richtlinie gilt für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen u. a. in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, einschließlich des beruflichen Aufstiegs, und für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts.

Sie untersagt jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Vom Verbot der Ungleichbehandlung durch mittelbare Diskriminierung sieht Art. 2 der Richtlinie zwei Ausnahmen vor: (1) Die sachliche Rechtfertigung wegen Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels, wenn die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind, und (2) die Besserstellung Behinderter, um Nachteile auszugleichen.

Eine spezielle Ausnahme gilt gemäß Art. 6 der Richtlinie für die unmittelbare Altersdiskriminierung. Danach stellen solche Ungleichbehandlungen keine Diskriminierung dar, die objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind, wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Legitime Ziele können insbesondere den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung entnommen werden. Für ihre Erreichung führt die Richtlinie – nicht abschließend – mehrere Mittel und Wege auf, die rechtmäßig sein können. Hierzu zählen zum Beispiel die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung sowie besonderer Beschäftigungsbedingungen einschließlich der Entlohnung oder die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter oder die Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Der EuGH weist darauf hin, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist, wenn es um die Wahl der Maßnahmen geht, mit denen Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfolgt werden sollen. Den Ausführungen des EuGH ist zu entnehmen, dass eine Regelung, nach der jüngere Arbeitnehmer grundsätzlich mit kürzerer Frist gekündigt werden könnten als ältere Arbeitnehmer, u.U. gerechtfertigt sein könnte. Jüngeren Arbeitnehmern kann ggf. eine größere Flexibilität zugemutet werden als älteren, und kürzere Kündigungsfristen könnten ihre Einstellung erleichtern. Die konkrete Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ist aber ungeeignet, diese Ziele zu erreichen. Denn die Verkürzung der Kündigungsfrist trifft gerade nicht nur bis zu 25jährige Arbeitnehmer. Sie betrifft vielmehr jeden Arbeitnehmer, der vor dem 25. Lebensjahr in das Unternehmen oder den Betrieb eingetreten ist, unabhängig von dessen Alter und Betriebszugehörigkeitsdauer bis zum – verzögerten – Erreichen der längsten gesetzlichen Kündigungsfrist. Darüber hinaus trifft die Regelung jüngere Arbeitnehmer ungleich, nämlich eher diejenigen, die ohne oder nach kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnehmen und weniger diejenigen, die eine lange Ausbildung mitbringen.

Bedeutung für die Praxis:

Die Entscheidung des EuGH hat eine sehr weitreichende Bedeutung. Von der Betroffenheit ausgenommen sind lediglich die Arbeitnehmer, die ihr aktuelles Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 25. Lebensjahrs begründet haben oder die trotz der Berechnung nach § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB die längste gesetzliche Kündigungsfrist von sieben Monaten erreicht haben. Alle anderen „schleppen die verkürzte Kündigungsfrist noch mit“ und profitieren von deren Verlängerung.

Zu beachten ist, dass der EuGH die sofortige Nichtanwendung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB durch die Gerichte angeordnet hat. Dies bezieht sich jedenfalls auf alle Kündigungen, die nach dem 2.12.2006 ausgesprochen wurden, bis zu dem die Bundesrepublik Deutschland die „Antidiskriminierungsrichtlinie“ 2000/78/EG umsetzen musste. Die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist ist kein Unwirksamkeitsgrund, der innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden müsste. Es lohnt sich daher aus Arbeitnehmer- oder Arbeitnehmervertretersicht auch, in bereits laufenden Kündigungsschutzprozessen die Kündigungsfrist zu überprüfen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



6. Steuerliche Behandlung einer Abfindung wegen unbefristeter Arbeitszeitreduzierung

Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.08.2009 – IX R 3/09

Leitsatz:

Zahlt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer eine Abfindung, weil dieser seine Wochenarbeitszeit aufgrund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags unbefristet reduziert, so kann darin eine begünstigt zu besteuernende Entschädigung i. S. von § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG liegen (Klarstellung der Rechtsprechung).

Sachverhalt:

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die auch die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) eingelegt hat, war bei ihrem Arbeitgeber mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden beschäftigt, die die Arbeitsvertragsparteien im März 2004 einvernehmlich um die Hälfte auf 19,25 Wochenstunden reduzierten. Der Arbeitgeber zahlte der Klägerin hierfür im selben Jahr eine „Teilabfindung“ in Höhe von EUR 17.459,24 brutto. In der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2004 beantragte die Klägerin die begünstigte Versteuerung der Teilabfindung als Entschädigung für mehrere Jahre. Dies lehnte das zuständige Finanzamt, bestätigt durch das Finanzgericht, ab. In der Begründung stellte das Finanzgericht darauf ab, dass die Voraussetzungen des § 24 Nr. 1 lit. a) in Verbindung mit § 34 Abs. 2 Nr. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) nicht vorlägen. Zum einen sei das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Arbeitgeber nicht beendet; die Teilabfindung sei keine Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit, sondern für deren zukünftige Reduzierung. Zum anderen könne nach der Aktenlage nicht ausgeschlossen werden, dass die Arbeitszeitreduzierung auf einem Entschluss der Klägerin beruhe.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Der BFH hat das Urteil des Finanzgerichts wegen fehlerhafter Rechtsanwendung aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Finanzgericht zurückverwiesen. Aufgeklärt werden soll, ob es im Jahr 2004 tatsächlich zu einer Zusammenballung von Einkünften der Klägerin gekommen ist und ob sie unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck gehandelt hat.

Gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG sind „Entschädigungen im Sinne des § 24 Nummer 1“ „außerordentliche Einkünfte“. Außerordentliche Einkünfte werden im Gegensatz zu anderen Einkünften wie etwa dem regelmäßigen Arbeitseinkommen begünstigt besteuert („Fünftelregelung“). Damit sollen die Auswirkungen des progressiven Tarifs abgeschwächt werden. Ohne die Ausnahmeregelung würde die Progression dazu führen, dass bei einer sog. Zusammenballung von Einkünften in einem Kalenderjahr diese besonders hoch besteuert werden, obwohl dem Steuerpflichtigen entsprechend hohe Einkünfte gerade nicht regelmäßig zufließen.

§ 24 Nr. 1 EStG definiert Entschädigungen u. a. als „Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen“. Bereits an dieser Stelle hat das Finanzgericht genau genommen einen Fehler begangen. Das Argument, die Teilabfindung sei keine Vergütung für – gemeint: vergangene – „mehrjährige“ Tätigkeit, sondern für deren „zukünftige“ Reduzierung und falle aus diesem Grund nicht unter § 24 Nr. 1 EStG, verstößt eindeutig gegen den vergangenheits- und zukunftsbezogenen Wortlaut der Vorschrift.

Der BFH weist darauf hin, dass der Wortlaut „Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen“ auch Teilabfindungen erfasst. Voraussetzung ist lediglich, dass die Zahlung unmittelbar durch den Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt ist und diesen Schaden ausgleichen soll. Außerdem muss sie auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage – hier: einer Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien – beruhen. Das Ergebnis der Wortlautauslegung steht überdies im Einklang mit dem genannten Sinn und Zweck der Regelung, die steuerliche Progression abzumildern.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Hinweis:

Die steuerliche Begünstigung gilt auch für Änderungskündigungen zur Arbeitszeitreduzierung. Dies stellt der BFH endgültig klar, indem er sich in einem Nebensatz dieser im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung anschließt.

Der rechtliche Rahmen für die steuerliche Behandlung von Teilabfindungen ist damit abgesteckt. Ob es in dem Kalenderjahr der Auszahlung tatsächlich zu einer Zusammenballung von Einkünften beim steuerpflichtigen Arbeitnehmer gekommen ist und ob dieser unter Druck gehandelt hat, ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln. Diesbezüglich weist der BFH ausdrücklich darauf hin, dass die Finanzämter und Finanzgerichte nicht einfach vermuten dürfen, dass eine Vertragsänderung vom Arbeitnehmer gewünscht wurde. Hier ist vielmehr der tatsächliche Sachverhalt zu ermitteln.

Praxistipp:

In einem anderen Fall hat der BFH klargestellt, dass es ein legitimes Gebrauchmachen von steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten darstellt, Fälligkeit und Auszahlung einer Abfindung auf einen steuerlich günstigen Zeitpunkt zu legen (Urteil vom 11.11.2009 – IX R 1/09).

In dem entschiedenen Fall stand der Klägerin eine Abfindung aus einem Sozialplan zu, der die Auszahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsah; dies war bei der Klägerin aufgrund Eintritts in eine Auffanggesellschaft der 14.11.2000. Die Parteien vereinbarten die Auszahlung des – damals noch existenten – steuerfreien Teils der Abfindung im November 2000 und die Auszahlung des verbleibenden, steuerpflichtigen Teils im Januar 2001. Diese Gestaltung hat der BFH im Einklang mit dem Finanzgericht als rechtmäßig angesehen. Nach Abschaffung des steuerfreien Teils der Abfindung bleibt die Entscheidung selbstverständlich für die Auszahlung des Gesamtbetrags von Bedeutung.

Für Abfindungsansprüche aus Sozialplänen ist die Entscheidung außerdem deshalb von Interesse, weil ein Abweichen vom Sozialplan zum Nachteil des Arbeitnehmers nach § 77 Abs. 4 Sätze 1 und 2 BetrVG grundsätzlich verboten ist: Betriebsvereinbarungen (und dementsprechend Sozialpläne) gelten unmittelbar und zwingend, auf in ihnen eingeräumte Rechte darf der Arbeitnehmer nur verzichten, wenn der Betriebsrat dem zustimmt. Eine Ausnahme haben Schrifttum und Rechtsprechung aber für Regelungen entwickelt, die für den Arbeitnehmer günstiger sind als die Betriebsvereinbarung oder der Sozialplan. Dieses Günstigkeitsprinzip stößt dort an seine Grenzen, wo nicht mehr eindeutig Gleiches mit Gleichem verglichen wird, sondern wo nur individuelle Vorlieben darüber entscheiden können, was günstiger ist (Beispiel: 40 Wochenarbeitsstunden zu EUR 4.000 brutto oder 35 Wochenarbeitsstunden zu EUR 3.500 brutto?). Etwaige Zweifel hat der BFH hier aber ausgeräumt: Eine höhere Nettoauszahlung zu einem späteren Zeitpunkt ist günstiger als eine geringere Nettoauszahlung zu einem früheren Zeitpunkt. Insoweit dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Auszahlungszeitpunkt also auch dann disponieren, wenn die Abfindungszahlung auf einem Sozialplan beruht.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Bedeutung für die Praxis:

Die Entscheidung enthält zwei wichtige Aspekte.

Zum einen ist endlich klargestellt, dass die Arbeitszeitreduzierung, die auf Druck des Arbeitgebers erfolgt, nicht anders behandelt werden kann als die vom Arbeitgeber veranlasste Vertragsaufhebung. An diesem rechtlichen Aspekt kommt nun kein Finanzamt mehr vorbei.

Zum anderen darf das Finanzamt nicht einfach zum Nachteil des Steuerpflichtigen vermuten, dass er sich bei einer Arbeitszeitreduzierung mit einem Teilzeitwunsch nach § 8 TzBfG „selbst verwirklicht hat“. Vielmehr hat der BFH zu Recht klargestellt, dass der zutreffende Sachverhalt zu ermitteln ist. Rechtmäßige steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Teilzeitwünschen von Arbeitnehmern ergeben sich hieraus allerdings nicht. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind im Rahmen der Ermittlungen des Finanzamts und ggf. des Finanzgerichts zur Mitwirkung verpflichtet. Hier besteht selbstverständlich auch Wahrheitspflicht. Für den Arbeitgeber stellt sich insofern eine ähnliche Situation wie beim Ausfüllen der Arbeitsbescheinigung für die Arbeitsagentur im Falle der Vertragsbeendigung, anhand derer die Arbeitsagentur die Arbeitslosengeld-Berechtigung überprüft. Auch hier müssen ggf. konkrete Mitteilungen gemacht werden bzw. muss mit Nachfragen zum Sachverhalt gerechnet werden, wenn der Arbeitgeber angibt, dass die Beendigung aus betrieblichen Gründen erfolgt.

Newsletter Nr. 2 / 2010



7. Kündigung und Auflösungsantrag wegen kritischer Äußerungen über den Arbeitgeber

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.02.2010, 2 Sa 59/09

Leitsatz:

1. Wenn kritische Äußerungen des Arbeitnehmers über den Arbeitgeber (hier: Internetbeitrag) vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung gedeckt sind, verletzen sie auch keine arbeitsvertraglichen (Rücksichtnahme-)Pflichten.
2. Der Auflösungsantrag des Arbeitgebers gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG erfordert eine Abwägung der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers mit den Interessen des Arbeitgebers.

Sachverhalt:

Der Kläger ist seit 1986 bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Er ist Mitglied der IG Metall sowie eines Solidaritätskreises.

Der Kläger führte bereits seit mehreren Jahren eine gerichtliche Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberin über vier ausgesprochene Kündigungen, die dazu geführt hat, dass der Kläger bereits seit Juli 2003 nicht mehr bei der Arbeitgeberin beschäftigt wurde. Seitdem wurden gegen diese Zwangsgelder in Höhe von insgesamt 75.000 € festgesetzt.

Mit Schreiben vom 23.08.2007 kündigte die Arbeitgeberin bereits zum fünften Mal das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2008. Sie stützte die Kündigung auf verschiedene Äußerungen des Klägers oder ihm zuzurechnende Erklärungen in (Betriebs-)Zeitschriften, Info-Blättern und Beiträgen im Internet. So hieß es in einem Informationsblatt, in dem es um angebliche politische Maßregelungen von zwei weiteren Arbeitskollegen und Mitgliedern des Solidaritätskreises ging: „Wir greifen die verschärfte Ausbeutung an und weisen die Angriffe auf die politischen und gewerkschaftlichen Rechte zurück. Wir lehnen die menschenverachtende Jagd auf Kranke ab.“ In einem Rundschreiben im Internet bat der Kläger zudem um zahlreiches Erscheinen in einer Gerichtsverhandlung und erklärte, dass durch ein Urteil des BAG das Recht auf freie Meinungsäußerung verteidigt worden sei und die Benutzung der Begriffe „Ausbeutung“ und „Jagd auf Kranke“ keine persönlichen Beleidigungen darstellten. Die Arbeitgeberin ist der Ansicht, der Kläger habe durch diese Äußerungen seine ihr gegenüber bestehenden vertraglichen Rücksichtnahmepflichten verletzt.

Das erstinstanzlich zuständige Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die ordentliche Kündigung vom 23.08.2007 unwirksam ist, zugleich aber auf Antrag der Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung zum 31.03.2008 aufgelöst, da in der Gesamtschau der Verhaltensweisen des Klägers eine gedeihliche Zusammenarbeit der Parteien nicht zu erwarten gewesen sei. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Landesarbeitsgericht hat nun zu Gunsten des Klägers entschieden, dass nicht nur die Kündigung, sondern auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unwirksam ist.

Die Kündigung hat das LAG als sozial ungerechtfertigt angesehen, da sie nicht durch Gründe im Verhalten des Klägers im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt gewesen sei.

Eine verhaltensbedingte Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht schuldhaft verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint. Dabei spielt vor allem die Qualität der Vertragsverletzung eine erhebliche Rolle. Auch eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht kommt als Vertragsverletzung in Betracht.

[Im vorliegenden Fall hat die Arbeitgeberin dem vor der Kündigung anzuhörenden Betriebsrat zwei Internetbeiträge und ein Flugblatt, auf welche sie die Kündigung gestützt hat, nicht vorgelegt. Da bezüglich der dort getroffenen Äußerungen des Klägers folglich die Anhörung des Betriebsrates fehlt, konnte die Arbeitgeberin die Kündigung schon aus diesem Grund nicht auf diese Äußerungen stützen.]

Aber auch ein dem Betriebsrat vorgelegtes Internet-schreiben des Klägers, in welchem dieser sein Recht auf freie Meinungsäußerung verteidigt und der Ansicht ist, dass die Begriffe „Ausbeutung“ und „Jagd auf Kranke“ keine persönlichen Beleidigungen darstellen, rechtfertigt nach Ansicht des LAG keine Kündigung des Klägers. Denn bei der Bewertung der Äußerung müsse die Vorgeschichte der jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien berücksichtigt werden, ebenso die Tatsache, dass es bei dem Internetbeitrag in erster Linie um einen Aufruf zur Unterstützung in einem Gerichtstermin ging. Zudem wollte der Kläger die Begriffe „Ausbeutung“ und „Jagd auf Kranke“ nicht abstrakt bilden, sondern sie in den Kontext des BAG-Urteils in einem früheren Verfahren stellen und die Entscheidung und Begründung des Gerichts, so wie er sie aufgefasst hat, wiedergeben. Darin sei aber keine Formalbeleidigung oder Schmähkritik zu sehen und die Äußerung daher vom Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt, welches auch in der betrieblichen Arbeitswelt uneingeschränkt anwendbar sei. Ist eine Äußerung aber von dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt, kann sie nicht gleichzeitig die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzen.

Mangels Verletzung einer vertraglichen Pflicht lag daher kein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG vor, mit der Folge, dass die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt und damit unwirksam war.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Bezüglich des Auflösungsantrags der Arbeitgeberin hat das LAG entschieden, dass die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht in einem Kündigungsrechtsstreit für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde, das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer Abfindung auflösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Eine Auflösung kommt vor allem dann in Betracht, wenn während eines Kündigungsschutzprozesses zusätzliche Spannungen zwischen den Parteien auftreten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses insbesondere auf Grund der fehlenden Vertrauensgrundlage sinnlos erscheinen lassen. Das Gericht hat hierzu zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eine Vorausschau anzustellen. Als Auflösungsgründe kommen z. B. Beleidigungen und ehrverletzende Äußerungen in Betracht. Unterfallen bestimmte Äußerungen aber, wie hier, dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, müssen sie mit dem betroffenen Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers abgewogen werden. Diese Abwägung hat das LAG vorliegend zu Gunsten des Klägers getroffen, da er mit der Bitte um Unterstützung in einem weiteren Verhandlungstermin vor dem Arbeitsgericht nur seine berechtigten Interessen wahrgenommen hat. Zudem hat der Kläger sich im gerichtlichen Verfahren von dem Inhalt des streitgegenständlichen Artikels distanziert und sich dessen Inhalt insbesondere nicht zu Eigen gemacht. Auch die Tatsache, dass die relevanten Äußerungen im Laufe der Jahre mehrfach vom Kläger wiederholt wurden, sieht das LAG nicht als Auflösungsgrund im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG an, da die Wiederholungen immer anlässlich von Kündigungsschutzprozessen und Gerichtsterminen stattfanden, in denen der Kläger wiederum seine berechtigten Interessen wahrgenommen hat.

Hinweis:

„Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz.“ Diese Feststellung sowie die untenstehenden grundlegenden Aussagen zum Auflösungsantrag sind einem Urteil des BAG vom 10.10.2002 (2 AZR 240/01) zu entnehmen.

Der Grundsatz „Bestandsschutz Abfindung“ wird durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufgrund entsprechenden Antrags des Arbeitgebers durchbrochen. An die Begründetheit des Antrags sind daher strenge Anforderungen zu stellen. Dass exakt die Begründung, mit der der Arbeitgeber in der Kündigungsfrage nicht durchgedrungen ist, hinterher für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses herangezogen werden kann, dürfte daher einen seltenen Ausnahmefall darstellen. Denn u. a. in dem zitierten Urteil vom 10.10.2002 weist das BAG darauf hin, dass bereits nach der Gesetzesbegründung eine Auflösung vor allem dann in Betracht kommt, wenn während eines Kündigungsschutzprozesses „zusätzliche Spannungen“ zwischen den Parteien auftreten, die eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit unmöglich erscheinen lassen. Der Auflösungsantrag ist insofern (trotz seiner Rückwirkung auf den Kündigungszeitpunkt) in die Zukunft gerichtet. Nicht selten hat ein Sachverhalt, der den Arbeitgeber zunächst zur verhaltensbedingten Kündigung bewogen hat, bis zur Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz an Bedeutung verloren.

Liegt tatsächlich eine Situation vor, in der eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle weitere Zusammenarbeit nicht mehr besteht, ist darüber hinaus trotzdem zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer hieran auch ein Verursachungsbeitrag zuzurechnen ist, der die Auflösung zu seinen Lasten rechtfertigt. Keinesfalls kann sich der Arbeitgeber auf Auflösungsgründe berufen, die von ihm selbst oder von Personen, für die er einzustehen hat, verursacht worden sind.

Newsletter Nr. 2 / 2010



Nicht erforderlich ist allerdings, dass der Arbeitgeber einen evtl. Auflösungsgrund, der bei Ausspruch der Kündigung bereits bestanden hat, dem Betriebsrat in der Kündigungsanhörung nach § 102 Abs. 1 KSchG mitteilt. Nach Ansicht des BAG im Urteil vom 10.10.2002 ergibt sich die Erforderlichkeit nicht nur nicht aus dem Gesetzeswortlaut, sondern eine Mitteilung ergäbe vor dem Hintergrund der in § 102 Abs. 3 KSchG geregelten Widerspruchsgründe auch keinen Sinn. Anders könnte nach Ansicht des BAG lediglich dann zu entscheiden sein, wenn der Arbeitgeber die Auflösungsmöglichkeit zur Umgehung kollektivrechtlicher Informationspflichten missbraucht. Ein solcher Fall eines bewussten Missbrauchs ist allerdings kaum denkbar. Schließlich müsste der Arbeitgeber in der Anhörung bewusst Informationen zurückhalten in dem Wissen, dadurch die Erfolgsaussichten seiner Kündigung erheblich zu gefährden, nur um diese Informationen später für eine Auflösung zu verwenden, die im Vergleich zur Kündigung in jedem Fall erhebliche zusätzliche Kosten verursacht.

Da überdies im vorliegenden Fall wegen eines zwischenzeitlich eingetretenen tariflichen Kündigungsschutzes keine weiteren Kündigungen mehr zu erwarten waren, war nach Einschätzung des LAG nicht davon auszugehen, dass diese Äußerungen in Zukunft nochmals „aufgewärmt“ würden. Schließlich war auch von Bedeutung, dass der Kläger als Maschinenbediener weiterbeschäftigt werden musste. Er hatte daher in der Betriebshierarchie keine Stellung inne, die ein gesteigertes Vertrauen der Beklagten in seine Person erforderte. Auch Mandate, die eine vertrauensvolle Zusammenarbeit bedingen, nahm der Kläger nicht wahr.

Eine weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien war daher möglich, sodass ein Auflösungsgrund nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht vorlag.

Bedeutung für die Praxis:

Extremfälle wie der diesem Rechtsstreit zugrundeliegende mit fünf Kündigungen und einem titulierten Weiterbeschäftigungsanspruch, der trotz eines Zwangsgeldes in Höhe von 75.000 Euro (!) nicht durchgesetzt wird, sind glücklicherweise selten.

Sehr viel häufiger treten allerdings im Tagesgeschäft des Betriebsrats Unsicherheiten auf, die die Grenzen der Meinungsfreiheit betreffen. Wie scharf darf ich die Unternehmenspolitik in der Betriebsversammlung kritisieren? Welcher Tonfall ist noch angemessen, wenn ich die Mitarbeiter angesichts erheblicher Missstände im Betrieb wachrütteln möchte? Wie darf ich ein Informationsschreiben an die Mitarbeiter formulieren, in dem ich auf hartnäckige Verstöße des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats hinweise, und darf ich ein solches Schreiben überhaupt ans Schwarze Brett hängen? Wie darf ich mich als Arbeitnehmervertreter bei medienwirksamen Umstrukturierungen gegenüber Journalisten äußern?

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts hat die Beurteilung derartiger Einzelfälle nicht vereinfacht. Klar ist jedoch, dass Meinungsäußerungen nach den allgemeinen Regeln des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sind und die Treuepflicht den Arbeitnehmer nicht zum „Schweigen im Betrieb“ verpflichtet. Meinungsäußerungen, die keine Schmähkritik und keine Beleidigung enthalten, d. h. die auf eine nachvollziehbare Tatsachengrundlage gestützt werden und ohne Verwendung von Schimpfwörtern u. a. Herabsetzungen der „Gegenseite“ auskommen, sind auch dann kein Kündigungsgrund, wenn eine emotionale Sprache verwendet wird. Im Übrigen stellt eine unbedachte Äußerung, die an sich als Kündigungsgrund anerkannt werden könnte, keinen Sonderfall der verhaltensbedingten Kündigung dar. Es ist demnach wie in allen anderen Fällen auch grundsätzlich eine einschlägige Abmahnung erforderlich, bevor zum Mittel der Kündigung gegriffen werden kann.



C. Aktuelle Veröffentlichungen:

**Dr. Michael Bachner: „Interessenvertretung an der Unternehmensspitze“
in: Der Betriebsrat 2010, Heft 4**

Dieser Artikel kann kostenlos per Email beim Verfasser unter folgender Emailadresse bezogen werden: bachner@schneider-schwegler.de

**Dr. Sascha Lerch/Lars Weinbrenner: „Der Wirtschaftsausschuss“
in: Arbeitsrecht im Betrieb 2010, S. 97**

Dieser Artikel kann kostenlos per Email beim Verfasser unter folgender Emailadresse bezogen werden: lerch@schneider-schwegler.de

Peter Gerhardt: „Überleitung in den TVöD - Mitbestimmung des Betriebsrats“, Besprechung BAG-Beschluss vom 22.04.2009, 4 ABR 14/08, Arbeitsrecht Aktuell, Heft 2/2010, S. 46

Peter Gerhardt: "Erlassvertrag bei Betriebsübergang", Besprechung Urteil des BAG vom 19.03.2009, 8 AZR 722/07, Der Betriebsrat, Heft 2/2010, S. 36

Diese Artikel können kostenlos per Email beim Verfasser unter folgender Emailadresse bezogen werden: gerhardt@schneider-schwegler.de



D. Veranstaltungen

Kanzleigespräch

am 20. Mai 2010 in Frankfurt (Saalbau, Gutleut 7)

**Rottweiler Str. 32, Frankfurt/Main
Begrüßungsimbiss ab 9.30 Uhr
Veranstaltung: 10.00 – 15.30 Uhr
Ausklang bis 17.00 Uhr**

Themen:

Neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf dem Gebiet des BetrVG

Referent: Burkhard Kreft, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

Öffentlichkeitsarbeit als Handlungsinstrument der Betriebsratsarbeit:

Anspruch des Betriebsrats auf zeitgemäße Kommunikationsmittel und deren effektiver strategischer Einsatz

Referent: Dr. Martin Wolmerath, Chefredakteur der Zeitschrift „Der Betriebsrat“

Weitere Informationen gibt Ihnen gerne unsere Mitarbeiterin Frau Michaela Winkler unter 069/21 65 99-0

Wir würden uns freuen, Sie auf dieser Veranstaltung begrüßen zu dürfen.

Newsletter Nr. 2 / 2010



V.i.S.d.P.:

RA Lorenz Schwegler
Königsallee 60 G
40212 Düsseldorf
schwegler@schneider-swegler.de

Kontakt:

Düsseldorf

Königsallee 60 G
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/13860-0
Fax: 0211/13860-99
office@schneider-swegler.de

Berlin

Unter den Linden 12
D-10117 Berlin
Tel.: 030/440137-0
Fax: 030/440137-12
berlin@schneider-swegler.de

Frankfurt

Schillerstraße 28
D-60313 Frankfurt
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schneider-swegler.de

Köln

Riehler Straße 36
D-50668 Köln
Tel.: 0221/35557-0
Fax: 0221/35557-99
koeln@schneider-swegler.de

Wissenschaftliche Berater:

Lorenz Schwegler
Dr. Frank Lorenz
Dr. Uwe Silberberger
Felix Laumen
Michael Schoden

Alexandra Ochs
Dr. Wolfgang Kroll
Anne Quante
Yvonne Goebel
Michael Schmidt-Busse

Gunter Rose
Michael Merzhäuser
Ralf Trümner
Sebastian Kolb
Dr. Sascha Lerch

Enrico Meier
Karsten Sparchholz
Lars Weinbrenner

Dr. Michael Bachner
Peter Gerhardt

Dieter Lenz
Jörg Towara
Dr. Manfred Bobke-von Camen

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Prof. Dr. Bernhard Nagel

Hinweis

Dieser Newsletter ist nach bestem Wissen zusammengestellt, die Verfasser setzen bei Auswahl und Kommentierung der Entscheidungen eigene Schwerpunkte, der Newsletter hat auch bei der Kommentierung der Entscheidungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit bei der Wiedergabe der Entscheidung oder der rechtlich relevanten Sachverhalte, die Lektüre des Newsletter ersetzt nicht das eigene Lesen der Entscheidung und vor allem nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall! Praxistipps und Hinweise beziehen sich auf Standardsituationen, die nicht ohne weiteres auf den Einzelfall übertragen werden können! Leitsätze und rechtliche Wertungen sind den Pressemitteilungen des jeweiligen LAG oder BAG oder der Entscheidung direkt entnommen und also solches gekennzeichnet (www.bag.de). Vielen Dank für die Beachtung dieser Hinweise.