

Newsletter Nr. 3 / 2010



Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

die turnusmäßigen Betriebsratswahlen liegen nun hinter Ihnen/Euch und wir hoffen, dass die Ergebnisse zur jeweiligen Zufriedenheit ausgefallen sind.

Einige von Ihnen/Euch denken damit sicher auch an turbulente Zeiten zurück, bis es dann schließlich zur Konstituierung des neuen Gremiums gekommen ist.

Auch wir mussten im Rahmen dieser Betriebsratswahlen die Feststellung machen, dass vermehrt mit rechtlichen Werkzeugen wie zum Beispiel mit einstweiligen Verfügungen zur Unterbrechung des Wahlverfahrens und weiteren „harten Bandagen“ agiert wurde.

Nachdem nun jedoch diese Zeiten überstanden sind, steht allmählich wieder der betriebliche Alltag im Vordergrund. Hierzu wird dieser Newsletter wieder mit aktuellen Entscheidungen zum kollektiven und individuellen Arbeitsrecht einen tatkräftigen Beitrag leisten.

Zudem informieren wir Sie/Euch im Rahmen dieses Newsletters über die kanzeleinternen aktuellen Entwicklungen, welche ab September 2010 ihre Umsetzung erfahren werden.

Vor diesem Hintergrund wird dies auch der letzte Newsletter des Teams „Arbeitsrecht“ der Rechtsanwaltskanzlei schneider : schwegler sein. Aber keine Sorge, wir werden Sie/Euch nach wie vor wie gewohnt kompetent rechtlich unterstützen und beraten, dies jedoch jeweils in einer anderen personellen Zusammensetzung (**siehe unter A.**).

Ihr Team

„Arbeitnehmer und Arbeitnehmervvertretungen“

Ihr Team

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



Inhaltsverzeichnis:

A. Aktuelle Entwicklungen	S. 3
B. Kollektives Arbeitsrecht	
1. Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats „Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX“ LAG Hamm vom 18.12.2009, Az.: 13 TaBV 52/09	S. 4
2. Uneingeschränkte Verpflichtung zur internen Stellenausschreibung nach Aufforderung durch den Betriebsrat LAG Berlin-Brandenburg vom 14.01.2010, Az.: 26 TaBV 1954/09	S. 7
3. Sonderkündigungsschutz – Mitglied des Wahlvorstands BAG vom 26.11.2009, Az.: 2 AZR 185/08	S. 11
C. Individuelles Arbeitsrecht	
4. Betriebliches Eingliederungsmanagement vor betriebsbedingter Kündigung – Sozialauswahl LAG Berlin- Brandenburg vom 04.01.2010, Az.: 10 Sa 2071/09	S. 13
5. Diskriminierung wegen „ethnischer Herkunft“ (sog. „Ossi-Fall“) Arbeitsgericht Stuttgart vom 15.04.2010, Az.: 17 Ca 8907/09	S. 17
6. EuGH prüft Zulässigkeit von „Haushaltsbefristungen“ EuGH-Vorlage des LAG Köln vom 13.04.2010 – 7 Sa 1224/09	S. 19
D. Rückblick Kanzleigespräch am 20.05.2010 in Frankfurt am Main	S. 23
E. Aktuelle Veröffentlichungen	S. 24
F. Veranstaltungshinweise	S. 25



A. Aktuelle Entwicklungen

Beendigung von schneider : schwegler rechtsanwälte und Bildung drei neuer Kanzleien

Die 11 Partner von schneider:schwegler rechtsanwälte haben sich entschieden, ihren bis August 2010 laufenden Sozietätsvertrag nicht zu verlängern. Das bisher verfolgte Geschäftsmodell einer sowohl wirtschafts- und zivilrechtlich als auch arbeitsrechtlich mit Schwerpunkt in der Arbeitnehmervertretung aktiven Sozietät wird aus strategischen Erwägungen der Partner nicht länger verfolgt und weiterentwickelt.

Neben den in den langjährig betreuten Rechtsgebieten Gesellschaftsrecht, Bank- und Kapitalanlagerecht, Vertriebsrecht und Produkthaftungsrecht tätigen Partnern und Kollegen um Kanzleigründer Klaus-Dieter Schneider wird es künftig zwei Kanzleien für die Vertretung von Arbeitnehmern, Betriebs- und Personalräten und die Wahrnehmung damit korrespondierender Mandate geben.

Unter dem Namen **Schwegler Rechtsanwälte** will eine dieser Kanzleien diese Geschäftsfelder unter Einschluss der Vertretung von Führungskräften an drei bisherigen Standorten (Düsseldorf, Berlin, Frankfurt-Main) fortsetzen. **Schwegler Rechtsanwälte** wollen das von ihren Anwälten schon bisher entwickelte Profil als Spezialisten für arbeitnehmerorientierte M&A-Mandate bei gleichzeitig breiter arbeitsrechtlicher Grundkompetenz weiter schärfen. Zum Ausbau der Beratungskompetenz für gestaltungsorientierte Mitbestimmung konnten als Of Counsel-Anwälte Prof. Dr. Heinz Klinkhammer (vormals Arbeitsdirektor Deutsche Telekom AG/Mannesmann AG) sowie Dr. Johannes Vöcking (vormals Vorstandsvorsitzender der Barmer Ersatzkasse sowie unterschiedliche Positionen in Bundesministerien) gewonnen werden. Insgesamt wird die Startformation von **Schwegler Rechtsanwälte** aus sieben Partnern (Schwegler, Laumen, Dr. Bachner, M. Merzhäuser, H. Merzhäuser, Trümner und Lenz), neun Associates (Kolb, Dr. Lerch, Gerhardt, Meier, Sparchholz, Goebel, Weinbrenner, M. Schwegler, Zeibig), sechs Of Counsel-Anwälten (unter diesen weiterhin insbesondere Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin und Gunter Rose in Berlin sowie Dr. Manfred Bobke-von Camen) sowie den wissenschaftlichen Beratern Prof. Dr. Wolfgang Däubler und Prof. Dr. Bernhard Nagel bestehen.

In einer weiteren Kanzlei wird der Großteil der Arbeitsrechtler am Standort Düsseldorf zukünftig unter **silberberger . lorenz, kanzlei für arbeitsrecht**, firmieren. Als Partner der neuen Kanzlei fungieren Dr. Uwe Silberberger, Dr. Frank Lorenz und Jörg Towara. Sie werden zum 1. September 2010 mit zunächst fünf weiteren Anwälten (Ochs, Schmidt-Busse, Quante, Twelsiek, Greif) starten. Ein zusätzlicher Ausbau der Personalstrukturen ist für die Folgezeit bereits in Planung. Die neue Zusammensetzung unter dem Dach von **silberberger . lorenz** ermöglicht eine Konzentration des Kanzleigeschäfts auf die reine Arbeitnehmervertretung. Das Team aus jungen, motivierten und arbeitsrechtlich erfahrenen Anwälten pflegt bereits jetzt eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit sämtlichen DGB-Gewerkschaften. Dank dieser wertvollen Unterstützung im Rücken bieten die Anwälte von **silberberger . lorenz** eine umfassende strategische und rechtliche Beratung für sämtliche Belange auf Arbeitnehmerseite. Zusätzlich besteht mit zahlreichen bundesweit agierenden Experten auf dem Gebiet der Arbeitnehmervertretung ein enger Kontakt. Themenschwerpunkte von **silberberger . lorenz** sind (1) individuelles und kollektives Arbeitsrecht einschließlich der Beratung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, (2) der Datenschutz, (3) die betriebliche Altersversorgung sowie (4) das Europäische Arbeitsrecht. In sämtlichen Bereichen sind die rechtlichen Bezüge zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht abgedeckt.

Newsletter Nr. 3 / 2010



1. **Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats - „Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 SGB IX“**

LAG Hamm vom 18.12.2009, Az.: 13 TaBV 52/09

Orientierungssatz:

1. In einer Situation, in der es allgemein streitig ist, ob und wo Mitbestimmungsrechte bestehen und ein „bunter Strauß“ möglicher Regelungen und Maßnahmen in Betracht kommt, führt die im Rahmen des § 98 Abs. 1 S. 2 ArbGG vorgegebene eingeschränkte gerichtliche Beurteilung zu dem Ergebnis, dass die begehrte Einigungsstelle nicht offensichtlich unzuständig ist.
2. Allein der Wunsch des Konzernarbeitgebers nach einer einheitlichen Regelung, sein Kosten- und/oder Koordinierungsinteresse sowie reine Zweckmäßigkeitgesichtspunkte genügen nicht, um die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats zu begründen.

Sachverhalt:

Arbeitgeber und Betriebsrat streiten über die Einsetzung einer Einigungsstelle zum Regelungsgegenstand „Betriebliches Eingliederungsmanagement“.

Der Betriebsrat ist zuständig für eine Niederlassung des Unternehmens, das einer Unternehmensgruppe angehört, für die ein Konzernbetriebsrat errichtet wurde.

Im Vorfeld hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber einen Entwurf zu einer Betriebsvereinbarung „Betriebliche Prävention und Eingliederungsmanagement“ vorgelegt. Nachdem es jedoch in der Folgezeit zu keiner Einigung kam und auch die einvernehmliche Bildung einer Einigungsstelle scheiterte, beantragte der Betriebsrat vor dem Arbeitsgericht die Einsetzung einer Einigungsstelle zu diesem Thema.

Nach Auffassung des Betriebsrats kommen im Rahmen dieses Regelungsgegenstandes Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG in Betracht, da es bei der Umsetzung einer Vielzahl von Vorschriften des Arbeits- und Gesundheitsschutzes ausfüllungsbedürftige Gestaltungsspielräume gäbe.

Nach Ansicht des Arbeitgebers besteht kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements wegen der notwendigen Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Beschäftigten einen rein individuellen und keinen kollektiven Bezug habe. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG scheidet aus, da dieses nur einschlägig sei, wenn das betriebliche Eingliederungsmanagement in formalisierter Art und Weise durchgeführt werden soll.

Zudem kommt nach Auffassung des Arbeitgebers eine Regelung wegen der erstrebten Einheitlichkeit nur auf der Konzernebene in Betracht, so dass (wenn überhaupt) der Konzernbetriebsrat zuständig sei.

Der Arbeitgeber hält demnach die Einigungsstelle für offensichtlich unzuständig.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Der **Antrag des Betriebsrats** hatte sowohl in der ersten Instanz als auch vor dem Landesarbeitsgericht Hamm **Erfolg**.

Das LAG Hamm weist zunächst auf die einschlägige Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte zur offensichtlichen Unzuständigkeit einer Einigungsstelle hin.

Demnach sei eine Einigungsstelle allgemein immer nur dann offensichtlich unzuständig, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar sei, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen

Newsletter Nr. 3 / 2010



Gesichtspunkt in Frage komme, sich die beizulegende Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erkennbar also nicht unter einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand subsumieren ließe (vgl. LAG Hamm vom 07.07.2003, Az.: 10 TaBV 92/03; LAG Hamm vom 09.08.2004, Az.: 10 TaBV 81/04; LAG Hamm vom 20.03.2009, Az.: 10 TaBV 17/09).

Das LAG Hamm führt weiter aus, dass in einer solchen Situation, wo ein „bunter Strauß“ möglicher Regelungen und Maßnahmen in Betracht komme (vgl. BAG vom 18.08.2009, Az.: 1 ABR 45/08), die im Rahmen des § 98 Abs. 1 S. 2 ArbGG vorgegebene eingeschränkte gerichtliche Beurteilung zu dem Ergebnis führe, dass die begehrte Einigungsstelle nicht offensichtlich unzuständig sei (so auch LAG Düsseldorf vom 29.09.2009, Az.: 17 TaBV 107/09; LAG Berlin- Brandenburg vom 18.09.2009, Az.: 14 TaBV 1416/09; LAG Schleswig-Holstein vom 19.12.2006, Az.: 6 TaBV 14/06).

Zudem stehe der Errichtung der Einigungsstelle auch nicht der Einwand der Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats entgegen.

Nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (zuletzt 22.07.2008, Az.: 1 ABR 40/07) ergäbe die Kompetenzzuweisung des Betriebsverfassungsgesetzes, dass für die Wahrnehmung aller Mitbestimmungsrechte in erster Linie der unmittelbar durch eine Wahl legitimierte Betriebsrat zuständig sei; er habe die Interessen der Belegschaft wahrzunehmen. Diese Aufgabe werde dem Konzernbetriebsrat gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur für den Fall zugewiesen, dass die zu regelnde Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder zumindest auf das Unternehmen beschränkt sei und deshalb von den dort bestehenden Vertretungsorganen nicht mehr sachgerecht wahrgenommen werden könne.

Allein der Wunsch des Konzernarbeitgebers nach einer einheitlichen Regelung, sein Kosten- und/oder Koordinierungsinteresse sowie reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte genügen dafür nicht.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das LAG Hamm auch im zu entscheidenden Fall keine offensichtliche Unzuständigkeit des für den Betrieb gewählten Betriebsrats feststellen können. Es ließe sich aus dem Vortrag des Arbeitgebers auch nicht

entnehmen, warum – über bloße Zweckmäßigkeits-erwägungen hinaus – es zwingend geboten sein soll, z.B. auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG fußende, vom örtlichen Betriebsrat initiierte Verfahrensregelungen zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements in die – nur ausnahmsweise gegebene – Originärzuständigkeit des Konzernbetriebsrats fallen zu lassen (so auch LAG Düsseldorf, a.a.O. und LAG Berlin-Brandenburg, a.a.O.)

Bedeutung für die Praxis:

1.

Das LAG Hamm hat in seiner Entscheidung offen gelassen, ob dem Betriebsrat bei dem „Betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 SGB IX“ ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und/oder § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zusteht. Diese Fragestellung ist in Literatur und Rechtsprechung höchst umstritten und wurde höchstrichterlich noch nicht geklärt.

Das LAG Schleswig Holstein (Beschluss vom 19.12.2006, Az.: 6 TaBV 14/06) geht davon aus, dass bei Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG betroffen sein können. Auch hier ging es um die Einsetzung einer Einigungsstelle, so dass ebenfalls nicht abschließend die Frage der Mitbestimmung entschieden wurde. Nach der Rechtsliteratur wird das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG in diesem Zusammenhang zum Großteil bejaht (vgl. Oppolzer, AiB 2007, 37, 43; Britschgi, AiB 2005, 284, 287). Demnach handelt es sich bei dem betrieblichen Eingliederungsmanagement um eine Maßnahme des Gesundheitsschutzes.

In diesem Zusammenhang sollte sich auf den Standpunkt gestellt werden, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dazu dient, Regelungsspielräume auszufüllen, die durch den Gesetzgeber offen gelassen worden sind. So regelt das SGB IX das betriebliche Eingliederungsmanagement nur skizzenhaft. Erforderlich sind demnach insbesondere kollektive Regelungen über die Einleitung des Verfahrens, die beteiligten Personen, die Voraussetzungen ihrer Hinzuziehung und den Umgang mit Daten im Laufe des Verfahrens.

Newsletter Nr. 3 / 2010



2.

Zudem wurde in der Entscheidung des LAG Hamm vom 18.12.2009 klargestellt, dass immer dann, wenn umstritten ist, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht und noch keine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu dem Regelungsgegenstand ergangen ist, eine Einigungsstelle einzusetzen ist, die dann in eigener Sachkompetenz über ihre Zuständigkeit und damit über die Frage entscheidet, ob es sich um eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit handelt.

Daher können Betriebsräte auch bei Fragen des „Betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 SGB IX“ eine Einigungsstelle erzwingen.

3.

Des Weiteren wurde in der Entscheidung des LAG Hamm vom 18.12.2009 nochmals klargestellt, dass für diese kollektiven Regelungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement der örtliche Betriebsrat und nicht der Konzernbetriebsrat zuständig ist.

Es bleibt daher auch in diesem Zusammenhang bei dem Grundsatz der örtlichen Zuständigkeit, so dass im Hinblick auf einen möglicherweise durch den Arbeitgeber als Verhandlungspartner favorisierten Gesamtbetriebsrat nichts anderes gilt.

Reine Zweckmäßigkeitserwägungen des Arbeitgebers sind folglich nicht ausreichend, um die Zuständigkeit des Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrats zu begründen.

Newsletter Nr. 3 / 2010



2. Uneingeschränkte Verpflichtung zur internen Stellenausschreibung nach Aufforderung durch den Betriebsrat LAG Berlin-Brandenburg vom 14.01.2010, Az.: 26 TaBV 1954/09

Orientierungssatz:

1. Der Arbeitgeber ist nach §§ 93, 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG in jedem Fall einer Stellenbesetzung nach entsprechender Aufforderung durch den Betriebsrat zur internen Ausschreibung verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn mit internen Bewerbungen höchstwahrscheinlich nicht zu rechnen ist.
2. Anhand der uneingeschränkten Verpflichtung zur internen Ausschreibung überlässt es der Gesetzgeber bewusst der Belegschaft, ein eventuell vorhandenes Potenzial aufzudecken. Eine vorherige Einschätzung durch den Arbeitgeber ist damit nicht vereinbar.

Sachverhalt:

Im Rahmen dieser Entscheidung wurde problematisiert, ob ein Arbeitgeber freie Stellen auf Verlangen des Betriebsrats auch dann innerbetrieblich ausschreiben muss, wenn nach seiner Auffassung bereits feststeht, dass sich niemand aus dem Betrieb auf diese Stellen bewerben wird.

Von dem Arbeitgeber wurde die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von 3 Belegschaftsmitgliedern verlangt, sowie die Feststellung begehrt, dass die vorläufige Einstellung dringend erforderlich ist.

Der Arbeitgeber betreibt u.a. ein Spielcasino. Aufgrund steigender Popularität bot er ab Oktober 2007 das Pokerspiel in der Variante „Texas Hold'em“ an. Dazu wurden zunächst einige Mitarbeiter intern geschult, die entsprechendes Interesse bekundet hatten. Anfang 2008 suchte der Arbeitgeber dann weitere Pokercroupiers. Zuvor hatte der Betriebsrat allgemein die interne Ausschreibung von Stellen beantragt. Am 20.02.2008 schrieb der Arbeitgeber dann Stellen aus.

Die Ausschreibung lautete:

„Für unser Casino in Berlin suchen wir Studenten (m/w), die als studienbegleitende Teilzeittätigkeit an einer Ausbildung zum Poker-Dealer interessiert sind.

...

Sie werden in einem dreiwöchigen Abendlehrgang von Sonntag bis Donnerstag von 19:00 Uhr bis 22:00 Uhr ausgebildet.“

Diese Ausschreibung wurde auf der Internetseite des Arbeitgebers „online“ geschaltet und nicht mehr gesondert im Betrieb ausgehängt. Interne Ausschreibungen werden im Betrieb des Arbeitgebers anders geschaltet und werden im Schaukasten der Direktorin ausgehängt. Darauf bewarben sich u.a. eine Frau B. sowie die Herren N., Ch. und A.. Der Betriebsrat stimmte der Einstellung nicht zu. Im Rahmen des damals folgenden Zustimmungsersetzungsverfahrens vertrat der Arbeitgeber die Auffassung, der Betriebsrat könne eine innerbetriebliche Stellenausschreibung nicht verlangen.

Der Arbeitgeber stellte sieben Studentinnen und Studenten, darunter die benannten Personen, befristet für die Zeit vom 04.04.2008 bis zum 31.03.2009 ein. Der Betriebsrat erteilte seine Zustimmung später im Zustimmungsersetzungsverfahren. Drei Studenten schieden aus unterschiedlichen Gründen aus.

Da das Pokerspiel gut nachgefragt wurde, beabsichtigte der Arbeitgeber, die verbliebenen vier StudentInnen für ein Jahr befristet weiterzubeschäftigen. Daher beantragte der Arbeitgeber mit Schreiben vom 04.03.2009 hierzu die Zustimmung des Betriebsrats. Der Betriebsrat widersprach mit Schreiben vom 08.03.2009 der Weiterbeschäftigung u.a. mit der Begründung, dass die interne Stellenausschreibung nach § 93 BetrVG unterblieben sei.

Mit Schreiben vom 18.03.2009 teilte der Arbeitgeber dem Betriebsrat mit, dass er die befristete Weiterbeschäftigung nach § 100 BetrVG als vorläufige personelle Maßnahme wegen der Dringlichkeit ab dem 01.04.2009 durchführen werde. Der Betriebsrat hat mit Schreiben vom 19.03.2009 der vorläufigen Durchführung der Maßnahme widersprochen. Es sei nicht einzusehen, dass der Arbeitgeber Aushilfen einsetze und nicht die Zahl der fest angestellten Mitarbeiter erhöhe.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Der Arbeitgeber hat mit dem demzufolge eingereichten Zustimmungsersetzungsantrag und dem Antrag auf Feststellung, dass die Weiterbeschäftigung dringend erforderlich ist, vorgetragen, dass es einer internen Stellenausschreibung nicht „nochmals“ bedurft hätte. Diesem Erfordernis sei bereits durch die Ausschreibung vom 20.02.2008 genügt worden.

Bezogen auf die dringende Erforderlichkeit der Weiterbeschäftigung hat der Arbeitgeber sich darauf berufen, dass sich das Pokerspiel wachsender Beliebtheit erfreue, es werde gut angenommen und solle auch weiterhin angeboten werden. Mit dem vorhandenen Personal sei angesichts des gestiegenen Interesses der Bedarf nicht mehr zu decken gewesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das **Arbeitsgericht** hat die Anträge des Arbeitgebers **zurückgewiesen**.

Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Arbeitgeber die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterlassen hat.

Auch vor dem **Landesarbeitsgericht** hatten die Anträge des Arbeitgebers **keinen Erfolg**.

Die Entscheidungen werden wie folgt begründet:

Der Zustimmungsersetzungsantrag sei unbegründet, da der vom Betriebsrat geltend gemachte Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG gegeben sei. Der Arbeitgeber hätte die Stellen intern ausschreiben müssen, was jedoch zu keinem Zeitpunkt geschehen sei.

Zudem habe der Betriebsrat seine nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung gem. § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG form- und fristgerecht verweigert.

Beide Instanzen sahen jedenfalls den Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG als gegeben an.

Der Betriebsrat habe vor dem Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zur Einstellung verlangt, dass Arbeitsplätze allgemein innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden sollen. Die Ausschreibung sei auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen, weder weil der Arbeitgeber davon ausging, dass interne Bewerber nicht vorhanden sein würden, noch weil es sich um eine wiederholte befristete Besetzung von Stellen handelte.

Weiter wurde ausgeführt, dass der Umstand, dass sich auf eine interne Ausschreibung keine Belegschaftsmitglieder beworben hätten, dem Erfordernis der Ausschreibung nicht entgegensteht.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 93 BetrVG sei der Arbeitgeber in jedem Fall einer Stellenbesetzung nach entsprechender Aufforderung durch den Betriebsrat zur internen Ausschreibung verpflichtet.

§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG sanktioniere uneingeschränkt alle Fälle, in denen der Arbeitgeber von diesem Erfordernis abweiche. Dieses Ergebnis werde durch Sinn und Zweck der internen Stellenausschreibung bestätigt. Zweck der Regelung in § 93 BetrVG sei es, innerbetrieblichen Bewerbern Kenntnis von einer freien Stelle zu vermitteln und ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse an dieser Stelle kundzutun und sich darum zu bewerben. Diese Vorschrift solle den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt erschließen und im Betrieb selbst vorhandene Möglichkeiten des Personaleinsatzes aktivieren. Außerdem sollen Verärgerung und Beunruhigungen der Belegschaft über die Hereinnahme Außenstehender trotz eines möglicherweise im Betrieb vorhandenen qualifizierten Angebots vermieden werden (so auch BAG vom 23.02.1988, Az.: 1 ABR 82/86). Es solle daher u.a. für die Belegschaftsmitglieder die Sicherheit geschaffen werden, dass sie nicht mit einer externen Besetzung freier Stellen rechnen müssen, ohne selbst die Möglichkeit gehabt zu haben, sich auf diese Stellen bewerben zu können. Dieses Ziel könne jedoch nur erreicht werden, wenn die Gewissheit bestehe, dass sämtliche Stellen auch ausgeschrieben werden. Anhand der uneingeschränkten Verpflichtung zur internen Ausschreibung überlasse es der Gesetzgeber der Belegschaft, ein eventuell vorhandenes Potential aufzudecken. Eine vorherige Einschätzung durch den Arbeitgeber ist damit nicht vereinbar.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Müsse die Belegschaft hingegen davon ausgehen, dass der Arbeitgeber selbst darüber befinden könne, ob jemand für die Stelle zur Verfügung stehe, müsse sie auch mit einer Fehleinschätzung rechnen. Gerade hiervor solle sie aber bewahrt werden. Diese Zielstellung lasse auch keine Ausnahmen zu (ebenso Hessisches LAG vom 02.11.1999, Az.: 4 TaBV 31/99).

Entgegen der Auffassung des Arbeitgebers sei eine Ausschreibung auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil es sich nicht um eine Erstbesetzung, sondern um eine Wiederbesetzung handelte. Die Stellen hätten zum Zeitpunkt der beabsichtigten Wiederbesetzung intern ausgeschrieben werden müssen.

Eine Ausschreibung zum Zeitpunkt der erstmaligen befristeten Besetzung einer Stelle genüge den Anforderungen des § 93 BetrVG nicht. Eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG mit dem Ziel einer befristeten Beschäftigung stelle zugleich die Besetzung eines Arbeitsplatzes im Sinne des § 93 BetrVG dar. Die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus sei eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

Im Jahr 2009 – also zum Zeitpunkt des beabsichtigten Abschlusses neuer befristeter Arbeitsverträge – seien die Stellen nicht ausgeschrieben worden. Unabhängig davon, seien die Stellen auch zu keinem anderen Zeitpunkt – insbesondere nicht im Februar 2008 – in einer den Anforderungen des § 93 BetrVG genügenden Art und Weise ausgeschrieben worden. Zum einen habe sich diese Ausschreibung nicht auf eine befristete Beschäftigung als Poker-Dealer bezogen, sondern zunächst nur auf eine Ausbildung zum Poker-Dealer. Zum anderen habe es sich nicht um eine interne, sondern um eine externe Ausschreibung gehandelt. Interne Ausschreibungen würden bei dem Arbeitgeber in einem dafür vorgesehenen Schaukasten ausgehängt. Dies sei vorliegend jedoch nicht geschehen. Zudem sei die Ausschreibung auch nicht an die Belegschaft, sondern eindeutig an die StudentInnen gerichtet gewesen.

Des Weiteren wurde auch eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Wahrnehmung des Widerspruchsrechts nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG durch den Betriebsrat ausgeschlossen.

In diesem Zusammenhang könne nur an Extremfälle gedacht werden. Der Betriebsrat nehme im Regelfall die ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte wahr, die ihm bewusst im beschriebenen Umfang zugeschrieben worden sind, um die mit der Intention des Gesetzgebers verbundenen Ziele durchsetzen zu können.

Hier könne bereits aus dem Grunde kein rechtsmissbräuchlicher Widerspruch des Betriebsrats vorgelegen haben, da nicht mit Sicherheit festgestanden habe, dass sich kein Belegschaftsmitglied auf die ausgeschriebenen Stellen bewerben würde.

Allein der Umstand, dass es sich um befristete Stellen, die u.U. auch niedriger vergütet würden, handele, begründe zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein fehlendes Interesse der Belegschaftsmitglieder an den Stellen. Mit Sicherheit könne ein solches Interesse jedoch nicht ausgeschlossen werden. Die Motivation der Mitarbeiter (z.B. ein Interesse an Teilzeitarbeit, die mit der Stelle verbundenen Arbeitszeiten, die Tätigkeit selbst u.a.) sei regelmäßig nicht vorhersehbar. Gerade aufgrund dieser Tatsachen sehe das Gesetz die generelle Ausschreibungspflicht vor, sobald der Betriebsrat sie beantragt habe.

Der Antrag des Arbeitgebers auf vorläufige Durchführung der Maßnahme nach § 100 BetrVG wurde ebenfalls zurückgewiesen.

Eine dringende Erforderlichkeit nach § 100 BetrVG liege nur dann vor, wenn ein verantwortungsbewusster Arbeitgeber im Interesse des Betriebs alsbald handeln muss, die geplante Maßnahme also keinen Aufschub duldet. Der Arbeitgeber dürfe sich auch nicht selbst bewusst in Zugzwang setzen, um nach § 100 BetrVG handeln zu können.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Der Arbeitgeber habe vorliegend bereits nicht nachvollziehbar dargelegt, dass die Tätigkeit der Aushilfen nicht vorübergehend durch die Stammebelegschaft hätte bewältigt werden können. Dem entsprechenden Vortrag des Betriebsrats sei er nicht mit entsprechenden Argumenten entgegengetreten. Es reiche nicht aus, vorzutragen, dass die Maßnahme zur Aufrechterhaltung des Spielbetriebs erforderlich gewesen sei, sondern auch, warum das konkret der Fall gewesen sein soll.

Zudem habe der Arbeitgeber die behauptete Dringlichkeit durch sein Verhalten jedenfalls nicht unerheblich mit verursacht. Es sei absehbar, dass eine unterbliebene interne Stellenausschreibung den Betriebsrat dazu veranlassen würde, der Einstellung zu widersprechen. Der Arbeitgeber hätte es daher in der Hand gehabt, durch rechtstreu Verhalten jedenfalls diesen Widerspruchsgrund nicht entstehen zu lassen.

Bedeutung für die Praxis:

Diese Entscheidung bestätigt mit ausführlicher Begründung die bisherige Rechtsprechung zum Themenkomplex rund um das Widerspruchsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 93 BetrVG.

Die Arbeitgeber sind demzufolge gut beraten, dem Verlangen des Betriebsrats nach einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung nachzukommen, auch wenn nach der eigenen Einschätzung keine interne Bewerbung erfolgen werde.

Des Weiteren ist dieser Entscheidung für die Praxis zu entnehmen, dass das Begehren des Arbeitgebers nach einer vorläufigen Beschäftigung im Sinne des § 100 BetrVG nachvollziehbar dargelegt werden muss.

Hierbei ist insbesondere vom Arbeitgeber darzulegen, dass der eilbedürftige Beschäftigungsbedarf auch nicht vorübergehend durch die eigene Belegschaft hätte abgedeckt werden können.

Zudem wird seitens des Gerichts in diesen Fallkonstellationen mitberücksichtigt, inwieweit der Arbeitgeber an der behaupteten Dringlichkeit durch sein eigenes Verhalten mit verantwortlich gewesen ist.

Newsletter Nr. 3 / 2010



3. Sonderkündigungsschutz – Mitglied des Wahlvorstands

BAG vom 26.11.2009, Az.: 2 AZR 185/08

Leitsatz:

Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG beginnt für gerichtlich bestellte Mitglieder des Wahlvorstands mit der Verkündung und nicht erst mit der formellen Rechtskraft des Einsetzungsbeschlusses.

Sachverhalt:

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung ist die Frage der Wirksamkeit einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung.

Der Kläger ist seit April 2000 bei dem Beklagten als Schichtarbeiter beschäftigt.

Die IG Metall lud im November 2005 in dem bis dahin betriebsratslosen Betrieb des Beklagten zu einer Betriebsversammlung zum Zweck der Wahl eines Wahlvorstands ein.

Da ein solcher jedoch nicht gewählt wurde, beantragte die IG Metall gemeinsam mit 6 weiteren Arbeitnehmern des Beklagten, darunter an letzter Stelle der Kläger, bei Gericht die Bestellung eines Wahlvorstands. Das Arbeitsgericht gab dem Antrag statt und setzte einen dreiköpfigen Wahlvorstand ein. Den Kläger bestellte es zum Ersatzmitglied.

Die dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten wies das Landesarbeitsgericht durch Beschluss vom 03.05.2006 mit der Maßgabe zurück, dass es den Kläger anstelle eines anderen Arbeitnehmers als ordentliches Mitglied des Wahlvorstands bestellte. Die hiergegen durch den Beklagten erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wies das BAG zurück.

Mit Schreiben vom 28.07.2006 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31.08.2006.

Hiergegen hat der Kläger Kündigungsschutzklage eingereicht und sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Kündigung bereits deshalb unwirksam sei, weil er als Mitglied des Wahlvorstands Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG genieße.

Der Beklagte hat hingegen die Ansicht vertreten, dass dem Kläger kein Sonderkündigungsschutz zusteht. Bei Zugang der Kündigung sei der Kläger mangels Rechtskraft des gerichtlichen Einsetzungsbeschlusses noch nicht wirksam als Mitglied des Wahlvorstandes bestellt gewesen.

Die Kündigung ist daher nach Auffassung des Beklagten wegen vorsätzlicher Arbeitsverweigerung gerechtfertigt, da der Kläger seine verbindliche Zusage, am 08.07.2006 Überstunden zu leisten, kurz vor dem geplanten Arbeitsbeginn ohne Grund zurückgezogen hat.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und das LAG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision des Beklagten zum Bundesarbeitsgericht wurde ebenfalls zurückgewiesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts war die ordentliche Kündigung vom 28.07.2006 wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 KSchG i.V.m. § 134 BGB unwirksam.

Gemäß § 15 Abs. 3 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Wahlvorstands vom Zeitpunkt seiner Bestellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und eine nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder diese durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt ist.

Der Kläger sei bei Zugang der Kündigung vom 28.07.2006 i.S.v. § 15 Abs. 3 S. 1 KSchG als Mitglied eines Wahlvorstands zur Durchführung einer Betriebsratswahl im Betrieb des Beklagten „bestellt“ gewesen. Dies ergebe sich aus dem am 03.05.2006 durch das Landesarbeitsgericht verkündeten Beschluss.

Der formellen Rechtskraft des Beschlusses, an der es wegen der Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten gefehlt hätte, hätte es dafür nicht bedurft.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Es käme ausschließlich auf den Zeitpunkt der Verkündung der gerichtlichen Entscheidung an. Dies ergebe sich aus der Auslegung des § 15 Abs. 3 KSchG. Der Sinn und Zweck von § 15 Abs. 3 KSchG liege darin, die Wahl der Betriebsverfassungsorgane zu erleichtern und die Kontinuität ihrer Arbeit zu sichern. Sie seien ebenso schutzbedürftig wie die Mitglieder des Betriebsrats im Hinblick auf mögliche Konflikte mit dem Arbeitgeber.

Der besondere Kündigungsschutz solle dazu beitragen, dass Arbeitnehmer sich bereit erklären, die Wahl des Betriebsrats auch durch Zurverfügungstellung als Wahlvorstandsmitglied zu ermöglichen.

Dieses Schutzbedürfnis haben Arbeitnehmer, die durch einen gerichtlichen Beschluss als Mitglied des Wahlvorstands eingesetzt worden sind, von dessen Verlautbarung an und nicht erst mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses.

Gerade ab diesem Zeitpunkt bestünde das Bedürfnis nach Schutz der betreffenden Arbeitnehmer vor möglichen Repressalien eines Arbeitgebers, dem es darum gehen könnte, durch Kündigungen auf die personelle Zusammensetzung des Wahlvorstands Einfluss zu nehmen oder auch nur die anstehende Wahl aufzuhalten und dadurch zu behindern.

Des Weiteren sei zu beachten, dass zwischen Verkündung und Eintritt der Rechtskraft des (erstinstanzlichen) Einsetzungsbeschlusses – anders als bei der Bestellung des Wahlvorstandes durch Organe der Betriebsverfassung oder seiner Wahl in der Betriebsversammlung – erhebliche Zeit verstreichen könne.

Die betreffenden „Risiken“ entstünden für das Mitglied aber regelmäßig bereits mit der Verlautbarung des Einsetzungsbeschlusses. Damit folglich der Schutz des § 15 Abs. 3 KSchG in diesen Konstellationen nicht leer laufe, verlange er danach, eben diesen Zeitpunkt als den der „Bestellung“ im Sinne der gesetzlichen Regelung anzusehen.

Käme es auf den Eintritt der formellen Rechtskraft an, bliebe der Schutz der Mitglieder eines gerichtlich bestellten Wahlvorstands hinter dem der Mitglieder eines durch den Betriebsrat bestellten oder die Betriebsversammlung gewählten Wahlvorstands in vergleichbarer Weise zurück. Würde nämlich deren Bestellung oder Wahl vor dem Arbeitsgericht angefochten, dann stünde ihnen der besondere Kündigungsschutz bereits während des gerichtlichen Verfahrens zur Seite (jedenfalls, wenn die Bestellung oder Wahl allenfalls anfechtbar, jedoch nicht nichtig wäre). Hingegen würden gerichtlich bestellte Wahlvorstandsmitglieder für die Dauer eines solchen Verfahrens keinen Sonderkündigungsschutz genießen.

Für eine solche Unterscheidung bestünde jedoch hinsichtlich gerichtlicher Entscheidungen weder ein Bedürfnis noch eine Berechtigung.

Bedeutung für die Praxis:

Eine für die Praxis sehr erfreuliche und bedeutsame Entscheidung.

Würde den Arbeitnehmern, wie in der beschriebenen Konstellation des Klägers, kein besonderer Kündigungsschutz nach § 15 KSchG gewährt, wäre es gerade in betriebsratslosen Betrieben nahezu unmöglich, aktive Unterstützter einer Betriebsratswahl zu finden.

Das Bundesarbeitsgericht bringt in seiner Entscheidung sehr klar zum Ausdruck, dass gerade in betriebsratslosen Betrieben, in denen nicht einmal in einer Betriebsversammlung ein Wahlvorstand gebildet werden kann, die Sorge vor möglichen „Repressalien“ eines Arbeitgebers besonders groß ist.

Mit dieser Entscheidung wird folglich ein weiterer richtiger Schritt zum Schutz der Wahlvorstände getätigt.

Newsletter Nr. 3 / 2010



4. Betriebliches Eingliederungsmanagement vor betriebsbedingter Kündigung

LAG Berlin-Brandenburg vom 04.01.2010,
Az.: 10 Sa 2071/09

Leitsatz:

Auch vor einer betriebsbedingten Kündigung ist das betriebliche Eingliederungsmanagement durchzuführen, um etwaige Beschäftigungsmöglichkeiten beurteilen zu können.

Orientierungssatz:

Da das betriebliche Eingliederungsmanagement auch dazu dient, zur Re-Integration arbeitsunfähiger Arbeitnehmer etwaige Möglichkeiten der Umorganisation zu prüfen, um einer Kündigung entgegenzuwirken – einschließlich eines Freimachens von Arbeitsplätzen durch Umsetzungen –, reicht es nicht aus, wenn lediglich eine Anpassung vergleichbarer Arbeitsplätze geprüft wird. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vielmehr auch mitteilen, welche – auch besetzten – Arbeitsplätze aus seiner Sicht für eine Versetzungsmaßnahme in Betracht kommen. Sodann ist im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements zu klären, ob bei einer etwaigen Versetzung ebenfalls mit erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten zu rechnen ist oder eine positive Gesundheitsprognose abgegeben werden kann, und ob eine solche Maßnahme möglich und dem Arbeitgeber zumutbar ist.

Sachverhalt:

Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage der Sozialwidrigkeit zum einen der betriebsbedingten und zum anderen einer personenbedingten Kündigung.

Die Parteien dieses Verfahrens streiten um eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung der Beklagten zum 31.10.2009, die ohne vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ausgesprochen wurde, nachdem die Beklagte bereits unter dem 27.07.2007 erfolglos gekündigt hatte.

Der 58-jährige Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten als Filialleiter beschäftigt, seit 1993 zusätzlich mit Ausbilderfunktion.

Nach kurzer Tätigkeit im Innendienst erkrankte der Kläger am 01.03.2005. Von Juli 2006 bis Juli 2007 absolvierte der Kläger eine Qualifizierung zur Fachkraft für kaufmännische Sachbearbeitung mit sehr gutem Ergebnis. Nach obsiegenderem Urteil bezüglich der vorangegangenen Kündigung wurde der Kläger als Verkäufer beschäftigt.

Während die Beklagte bis 2004 insgesamt 16 Filialen betrieb, übertrug sie in den Jahren 2004/2005 ihre Filialen auf selbständige Handelsvertreter. Lediglich eine Filiale wurde von der Beklagten weiterbetrieben. Zum 01.03.2009 wurde diese Filiale auf den selbständigen Handelsvertreter T.T. übertragen. Seither beschränkt sich der Geschäftsbetrieb der Beklagten ganz überwiegend auf die telefonische Bestellannahme und Auslieferung der bestellten Waren ab dem Lager der Beklagten in Potsdam; ein Verkauf an Endkunden findet nicht mehr statt.

Im Rahmen dieses Betriebsübergangs hat der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den übernehmenden Handelsvertreter widersprochen. Der Kläger ist seither arbeitsunfähig krank.

Gegen die mit Schreiben vom 02.03.2009 zum 31.10.2009 ausgesprochene Kündigung hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben, welcher durch das Arbeitsgericht Berlin stattgegeben wurde (vgl. ArbG Berlin vom 12.05.2009, Az.: 26 Ca 4764/09).

Die dagegen durch die Beklagte eingelegte Berufung wurde durch das LAG Berlin-Brandenburg ebenfalls als unbegründet zurückgewiesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Sie sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen.

Eine Kündigung sei dann gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschlüsse, bei deren Umsetzung im Betrieb das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfalle. Von den Arbeitsgerichten sei dann zu überprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliege, und ob durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen sei.

Als eine die Arbeitsgerichte grundsätzlich bindende unternehmerische Organisationsentscheidung, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen und ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine betriebsbedingte Kündigung darstellen könne, sei die Übertragung von bisher im Betrieb durchgeführten Arbeiten an ein anderes Unternehmen anerkannt. Auch wenn in dem Zusammenhang das Arbeitsverhältnis davon betroffener Arbeitnehmer grundsätzlich nach § 613a BGB im Rahmen eines Betriebsübergangs auf denjenigen übergehen könne, der die Aufgaben übernommen habe, verbleibe es jedenfalls beim Überhang an Arbeitsplätzen im Betrieb, wenn der betroffene Arbeitnehmer – wie hier – dem Betriebsübergang widerspreche und so im Ursprungsbetrieb verbleibe.

Eine Kündigung sei jedoch auch in dieser Konstellation nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeiten habe, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen.

Hierbei sei zu berücksichtigen, ob ein vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden sei. Als „frei“ seien grundsätzlich solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt waren. Dem stünde es gleich, wenn der Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werde.

Vorliegend sei der vom Kläger angestrebte Arbeitsplatz eines Filialbetreuers zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, jedenfalls aber innerhalb der Kündigungsfrist frei gewesen; diesen hätte die Beklagte dem Kläger folglich anbieten müssen.

Insbesondere habe sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht ergeben, dass der Kläger Aufgaben eines Filialbetreuers nicht wahrnehmen könne.

Selbst wenn man davon ausginge, dass es sich bei der Tätigkeit des Filialbetreuers um eine Tätigkeit handele, für die der Kläger nicht die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten besitze und diese auch nicht während der Kündigungsfrist erwerben könne, so sei die Kündigung vom 02.03.2009 trotzdem sozial ungerechtfertigt.

Auch im Rahmen der Sozialauswahl sei von der Beklagten nicht dargelegt worden, dass der Kläger unter vergleichbaren Arbeitnehmern derjenige mit der geringsten Schutzbedürftigkeit wäre.

Doch auch, wenn die Sozialauswahl zu Gunsten der Beklagten zu beurteilen wäre, könne die Beklagte in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht obsiegen.

Die Beklagte habe das **betriebliche Eingliederungsmanagement nicht hinreichend durchgeführt**.

Die Pflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX existiere nicht nur im Vorfeld von personenbedingten Kündigungen, sondern - nach Erreichen des dortigen Schwellenwertes – immer dann, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb beeinflussen (können).

Das betriebliche Eingliederungsmanagement sei immer ein kooperativer Prozess mit dem Ziel, Wege zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes zu finden. Dies erfordere je nach Lage des Falles Diskussionen, betriebliche und gesundheitliche Untersuchungen und eventuell konkrete Planungen.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Da das betriebliche Eingliederungsmanagement auch dazu diene, zur Re-Integration arbeitsunfähiger Arbeitnehmer etwaige Möglichkeiten der Umorganisation zu prüfen, um einer Kündigung entgegenzuwirken – einschließlich eines Freimachens von Arbeitsplätzen durch Umsetzungen (vgl. BAG vom 23.04.2008, Az.: 2 AZR 1012/06) - , reiche es nicht aus, wenn lediglich eine Anpassung vergleichbarer Arbeitsplätze geprüft werde.

Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer vielmehr auch mitteilen, welche – auch besetzten – Arbeitsplätze aus seiner Sicht für eine Versetzungsmaßnahme in Betracht kommen. Sodann sei im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements zu klären, ob bei einer etwaigen Versetzung ebenfalls mit erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten zu rechnen sei oder eine positive Zukunftsprognose abgegeben werden könne, und ob eine solche Maßnahme möglich und dem Arbeitgeber zumutbar sei (vgl. LAG Düsseldorf vom 30.01.2009, Az.: 9 Sa 699/08).

Diese Prüfung habe die Beklagte jedoch nicht durchgeführt.

Dem Arbeitgeber, der ein betriebliches Eingliederungsmanagement unterlassen hat, ist zwar nach der Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 23.04.2008, Az.: 2 AZR 1012/06) die Darlegung gestattet, dass ein solches Verfahren z.B. aus gesundheitlichen Gründen nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit geführt hätte.

Es bedarf dann aber eines umfassenden konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann.

Vorliegend habe die Beklagte keinen Beitrag dazu leisten können, weshalb der Kläger – auch unter Beachtung möglicher Umorganisationen – nicht mehr auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb beschäftigt werden könne. Auch die Einschätzung der Beklagten, wonach ein Eingliederungsmanagement vorliegend aussichtslos gewesen ist, kann allenfalls am Ende eines Eingliederungsprozesses gegebenenfalls nach Einschaltung externer Fachkräfte zum Tragen kommen,

nicht jedoch am Anfang ohne nähere Erörterung des Einzelfalls.

Dass eine Tätigkeit im Lager nicht abschließend geprüft sei, räumt die Beklagte selbst ein. Dass der Gesundheitszustand des Klägers eine Beschäftigung im Lager – gegebenenfalls auch nach leidensgerechter Anpassung der dortigen Arbeitsplätze – ausschließe, habe die Beklagte ebenfalls nicht vorgetragen.

Nach alledem wurde die Berufung zurückgewiesen.

Bedeutung für die Praxis:

Auch mit dieser Entscheidung wird die allgemein in der Rechtsprechung festzustellende Tendenz, die Zielsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX in der Praxis umzusetzen, bestätigt.

Es wird weiter deutlich gemacht, dass die Verpflichtung zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht nur im Vorfeld von personenbedingten Kündigungen besteht, sondern – nach Erreichen des dortigen Schwellenwertes von 6 Wochen Arbeitsunfähigkeit – immer dann, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb beeinflussen bzw. beeinflussen können.

Zudem wird klargestellt, dass bei bestehenden unterschiedlichen Auffassungen über die Einsatzfähigkeit des betroffenen Arbeitnehmers der Betriebs- bzw. Werksarzt zu beteiligen ist. Des Weiteren wird in Betracht gezogen, dass auch die gemeinsame Servicestelle nach § 23 SGB IX hinzuziehen ist, um gemeinsam abklären zu können, ob unter Inanspruchnahme von Hilfen der Sozialleistungsträger noch nicht vorhandene Beschäftigungsmöglichkeiten geschaffen werden können.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Die bloße Prüfung des Arbeitgebers einer Anpassung vergleichbarer Arbeitsplätze ist jedenfalls nicht ausreichend, da das betriebliche Eingliederungsmanagement gerade dazu dient, arbeitsunfähige Arbeitnehmer zu re-integrieren und Kündigungen – unabhängig davon, ob diese aus personen- oder betriebsbedingten Gründen erfolgen sollen – zu verhindern und etwaige Möglichkeiten der Umorganisation zu prüfen, wie beispielsweise das Freimachen von Arbeitsplätzen durch Umsetzungen (vgl. dazu auch BAG vom 23.04.2008, Az.: 2 AZR 1012/06).

Weiterhin wird angeführt, dass die gesetzlichen Mindestanforderungen nach § 84 Abs. 2 SGB IX durch den Arbeitgeber beachtet sein müssen, um sich auf die Erfüllung der Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX berufen zu können.

Ebenso wie das BAG in seiner Entscheidung vom 10.12.2009, Az.: 2 AZR 400/08, festgestellt hat, gehört zu den Mindeststandards, dass die gesetzlich vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen sind und zusammen mit ihnen eine an den gesetzlichen Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen ist. Ziel des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten des Arbeitnehmers gekommen ist, und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um auf diesem Wege eine Kündigung zu vermeiden.

Danach entspricht jedes Verfahren den gesetzlichen Anforderungen, das die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, das keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und im Rahmen dessen die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

Ist demnach ein betriebliches Eingliederungsmanagement ordnungsgemäß durchgeführt worden, ist der Arbeitgeber seiner Verpflichtung aus § 84 Abs. 2 SGB IX nachgekommen.

Je nach Ergebnis des betrieblichen Eingliederungsmanagements sind weitere Folgen für die Darlegungslast in einem anschließenden Kündigungsrechtsstreit zu beachten.

Newsletter Nr. 3 / 2010



5. Diskriminierung wegen „ethnischer Herkunft“

ArbG Stuttgart vom 15.04.2010, Az.: 17 Ca 8907/09

Leitsatz:

Der Entschädigungsanspruch gem. den §§ 1, 15 Abs. 2 AGG setzt eine Benachteiligung u.a. wegen der „ethnischen Herkunft“ voraus. „Ossi“ bezeichnet keine Ethnie.

Sachverhalt:

Die Parteien dieses Verfahrens streiten um Entschädigungsansprüche wegen Benachteiligung.

Die aus der ehemaligen DDR (Ostberlin) stammende und vor der Wende in die Bundesrepublik übergesiedelte Klägerin bewarb sich Mitte Juli 2009 auf eine von der Beklagten, einem in Stuttgart ansässigen Unternehmen, ausgeschriebene Buchhalterinnenstelle. Mit Schreiben vom 03.08.2009 reichte die Beklagte, für das Interesse der Klägerin dankend, gleichwohl ihr absagend die Bewerbungsunterlagen und dabei auch den von der Klägerin erstellten Lebenslauf zurück. Auf dem Lebenslauf hatte eine Mitarbeiterin der Beklagten den Vermerk „Ossi“ mit einem daneben eingekreisten Minuszeichen angebracht und im Übrigen zu Tätigkeitszeiten der Klägerin vor 1988 an 2 Stellen „DDR“ vermerkt.

Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin Klage eingereicht und von der Beklagten die Zahlung einer Entschädigung, gestützt auf das AGG, verlangt.

Nach Auffassung der Beklagten ist die Bezeichnung „Ossi“ nicht diskriminierend und ihre Ablehnungsentscheidung nicht auf die Herkunft der Klägerin, sondern auf berufliche, qualitative Bedenken gestützt.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das **Arbeitsgericht** Stuttgart hat die **Klage abgewiesen**.

Nach Auffassung des Gerichts ist ein Benachteiligungsfall nach § 1 AGG nicht gegeben.

Nach § 1 AGG solle eine Benachteiligung u.a. „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“ verhindert oder beseitigt werden.

Über diese Voraussetzung wie auch deren Entschädigungsfolge gem. § 15 Abs. 2 AGG besteht zwischen den Parteien Streit.

Unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Kontextes gründe der Begriff der „ethnischen Herkunft“ auf der manifestierbaren Unterschiedlichkeit der Menschen.

Bei der Ableitung des Begriffes aus dem griechischen Wort „ethos“ und dessen Übertragung in die deutsche Sprache „Volk“ oder „Volkszugehörigkeit“ werde deutlich, dass die ethnische Herkunft im Sinne des § 1 AGG mehr als nur die Herkunft aus einem Ort, einem Landstrich, einem Land oder einem gemeinsamen Territorium beinhalte. Der Begriff der Ethnie könne nur mit Sinn erfüllt werden, wenn er die gemeinsame Geschichte und Kultur, die Verbindung zu einem bestimmten Territorium und ein Gefühl der solidarischen Gemeinsamkeit für eine bestimmbare Population von Menschen darstellbar mache. Dazu mögen gemeinsame Sprache, tradierte Gewohnheiten und Ähnliches gehören.

Nach Auffassung des Arbeitsgerichts mag die dem Rechtsstreit zugrundeliegende Bezeichnung „Ossi“ dem Element eines „Territoriums“ im Begriff der Ethnie entsprechen. Eine gemeinsame Sprache präge ihn jedoch nicht, da in den ostdeutschen Ländern Dialekte von sächsisch bis plattdeutsch gesprochen würden, wobei unterschiedliche Dialekte ohnehin nicht einer gemeinsamen Sprache entgegenstünden.

Zudem sei die Geschichte der nach 1989 entstandenen Bezeichnung „Ossi“ viel zu jung, um seither eine abgrenzbare Population beschreiben zu können. Dass die damalige DDR und die Bundesrepublik Deutschland gesellschaftspolitisch unterschiedliche Entwicklungen bis 1989 aufzeigen würden, ließe jedoch die (ehemaligen) Bürger der beiden staatlichen Räume nicht als abgrenzbare Ethnien von jeweils eigener Art beschreiben.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Denn die gemeinsame Geschichte seit Abschaffung der Kleinstaaterei, die gemeinsame Kultur der letzten 250 Jahre, die von Dialektunterschieden abgesehene gemeinsame Sprache würden vielmehr verdeutlichen, dass im 21. Jahrhundert regionale Unterscheidungsmöglichkeiten weder „Schwaben“ noch „Bayern“ noch „Wessis“ noch in Ostdeutschland Geborene zu jeweils voneinander abgrenzbaren Ethnien werden ließen.

Die Bezeichnung „Ossi“ könne zwar diskriminierend, da mit einem Werturteil belegt, gemeint und sie könne diskriminierend zu verstehen sein. Da jedoch nach § 1 AGG indessen nicht jede denkbare Benachteiligung beseitigt oder verhindert werden solle und vor allem die Bezeichnung nicht dem Tatbestandsmerkmal „ethnische Herkunft“ zugeordnet werden könne, erweise sich nach Auffassung des Arbeitsgerichts die auf Entschädigung gerichtete Klage als unbegründet.

Bedeutung für die Praxis:

Eine Benachteiligung Ostdeutscher im Bewerbungsverfahren stellt nach dieser Entscheidung keine entschädigungspflichtige Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft i.S.v. § 1 AGG dar. Auch wenn die Bezeichnung als "Ossi" diskriminierend gemeint sein oder so empfunden werden kann, verfügen Ost- und Westdeutsche über keine unterschiedliche ethnische Herkunft.

Diese Entscheidung zeigt, dass der Arbeitgeber, obwohl durch die mit eigenen Vermerken („Ossi“) versehenen zurückgesandten Bewerbungsunterlagen durchaus der Rückschluss auf eine diskriminierende Vorgehensweise im Rahmen des Bewerbungsverfahrens gezogen werden könnte, nicht zur Entschädigungszahlung nach dem AGG herangezogen werden kann.

Erst wenn die Diskriminierung in einem von § 1 AGG erfassten Diskriminierungsmerkmal liegt, wird ein Entschädigungsanspruch bei entsprechender Beweislage angenommen werden können.

Newsletter Nr. 3 / 2010



6. EuGH prüft Zulässigkeit von „Haushaltsbefristungen“

EuGH-Vorlage des LAG Köln vom 13.04.2010
– 7 Sa 1224/09 –

Orientierungssatz (Verf.):

Das LAG Köln hat den EuGH um Entscheidung ersucht,

1. ob um so strengere Anforderungen an den „sachlichen Grund“ einer Befristung zu stellen sind, je mehr aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge bereits vorangegangen waren,
2. ob es gerechtfertigt sein kann, dass nur im öffentlichen Dienst aufeinanderfolgende Befristungen mit zeitlich begrenzt zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln begründet werden können, in der Privatwirtschaft aber nicht,
3. ob eine Befristung wegen zeitlich begrenzt zur Verfügung stehender Haushaltsmittel dann gerechtfertigt ist, wenn der Zweck der Befristung im Hinblick auf die Tätigkeit und die Bedingungen ihrer Ausübung hinreichend klargestellt ist,
 - falls ja, ob die Zweckbestimmung für eine „befristete Tätigkeit als Aushilfskraft“ dem genügt,
 - falls ja, ob dies auch dann der Fall ist, wenn der von der „Aushilfskraft“ zu deckende Bedarf in Wirklichkeit nicht zeitweilig, sondern ständig und dauernd besteht,
4. ob die Möglichkeit der „Haushaltsbefristung“ die Rechtslage zu Ungunsten der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unzulässig verschlechtert.

Sachverhalt:

Das LAG Köln hat dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vorgelegt, ob die deutsche „Haushaltsbefristung“ mit (übergeordnetem) europäischem Recht in Einklang steht und was es für Wirksamkeit und Anwendung der Regelung bedeutet, falls dies nicht der Fall sein sollte. Die im öffentlichen Dienst viel genutzte Regelung findet sich in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG und erklärt die Befristung eines Arbeitsvertrages wegen Vorliegens eines sachlichen Grundes für zulässig, wenn „der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird“.

Die Klägerin hatte vor dem Arbeitsgericht Köln erfolgreich geltend gemacht, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund einer in ihrem Arbeitsvertrag vom 12.12.2005 enthaltenen „Haushaltsbefristung“ mit dem 30.06.2006 beendet würde, weil die Befristung unwirksam sei. Dem streitigen Arbeitsvertrag vom 12.12.2005 waren diverse befristete Arbeitsverhältnisse vorausgegangen. Dabei wurde die Klägerin dauerhaft und unverändert bis zuletzt als Servicekraft auf der Geschäftsstelle der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln eingesetzt. Die erste Befristung vom 03.07.–31.12.1997 wurde nicht begründet. Die nachfolgenden Verlängerungen erfolgten „aus Anlass und für die Dauer des Erziehungsurlaubes der Justizangestellten B“ (01.01.1998–19.04.2000), „aus Anlass und für die Dauer des Sonderurlaubs ohne Bezüge der Justizangestellten B“ (20.04.–31.12.2000), „aus Anlass und für die Dauer des Sonderurlaubs der Justizangestellten C B“ (01.01.–31.12.2001, 01.01.–31.12.2002 und 01.01.–31.12.2003), „aus Anlass und für die Dauer des Sonderurlaubs der Justizangestellten B“ (01.01.–31.12.2004), „aus Anlass und für die Dauer des Sonderurlaubs der Justizangestellten H sowie der befristeten Arbeitszeitreduzierung der Justizangestellten H“ (01.01.–31.05.2005) und „wegen Vorliegen des folgenden sachlichen Grundes: Vorübergehend freie Haushaltsmittel (§ 7 Abs. 3 HHG) der befristet nutzbaren Stellenanteile der Justizangestellten H (0,5) wegen Sonderurlaub gem. § 50 Abs. 1 BAT und der Justizangestellten H (0,5) wegen befristeter Reduzierung der Arbeitszeit gem. § 15 b) Abs. 1 BAT“.

Wie bereits das Arbeitsgericht sah auch das LAG Köln die „Haushaltsbefristung“ vom 12.12.2005 als unzulässig an, musste allerdings den EuGH anrufen, weil es den Grund für die Unzulässigkeit in einem Verstoß gegen auslegungsbedürftiges EG-Recht sah. Diese Auslegung ist dem EuGH vorbehalten.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das LAG Köln äußert in mehrfacher Hinsicht Zweifel an der Zulässigkeit der „Haushaltsbefristung“ und bittet den EuGH insoweit um Stellungnahme.

Hinweis:

Gemäß § 5 Nr. 1 der „Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999“ haben die Mitgliedstaaten Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder –verhältnisse dadurch zu vermeiden, dass sie (...) unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen ergreifen:

- a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen;
- b) die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder –verhältnisse;
- c) die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse.

Auch in Deutschland ist nach der gesetzlichen Regelung die unbefristete Beschäftigung der Regelfall, die befristete Beschäftigung die Ausnahme. § 14 Abs. 2 bis 4 TzBfG regelt für verschiedene Konstellationen die Befristung ohne Sachgrund. § 14 Abs. 1 TzBfG erlaubt die Befristung eines Arbeitsvertrages, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, was „insbesondere“ – d. h. nicht abschließend – bei Vorliegen eines der in Satz 2 Nr. 1 bis 8 genannten Gründe der Fall ist. Der bedeutende Unterschied zwischen der Befristung mit und ohne Sachgrund liegt darin, dass die Befristung ohne Sachgrund jeweils nur für bestimmte Zeiträume zulässig ist, mit Sachgrund nach dem Wortlaut des Gesetzes hingegen ohne Einschränkung beliebig lang und beliebig oft befristet werden kann, solange nur irgendein Sachgrund tatsächlich gegeben ist.

1. Nach Ansicht des LAG Köln gebietet es der Sinn und Zweck des § 5 Nr. 1 a) der Rahmenvereinbarung, um so strengere Anforderungen an den „sachlichen Grund“ nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zu stellen, je mehr aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge dem jetzt zu überprüfenden bereits vorangegangen waren bzw. je länger der Zeitraum war, währenddessen der betroffene Arbeitnehmer bereits zuvor aufgrund aufeinanderfolgender befristeter Verträge beschäftigt wurde. Das Bundesarbeitsgericht teilt diese Rechtsansicht nicht (mehr) und prüft jede Befristung unabhängig von der bisherigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses nach demselben Maßstab (BAG, 25.03.2009 – 7 AZR 34/08 – NZA 2010, 34 ff.).
2. Ferner sieht es das LAG Köln als problematisch an, dass die Vergütung aus für die befristete Beschäftigung zur Verfügung gestellten Haushaltsmitteln die Befristung nur im öffentlichen Dienst rechtfertigt, nicht jedoch in der Privatwirtschaft.
3. Das LAG Köln möchte die „Haushaltsbefristung“ außerdem darauf hin überprüft wissen, ob die von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG in Bezug genommene haushaltsrechtliche Norm eine hinreichend konkrete Zwecksetzung (betreffend die Tätigkeit und die Bedingungen ihrer Ausübung) enthalten muss. Sollte diese konkrete Zwecksetzung im Haushaltsgesetz enthalten sein müssen, stellt sich die weitere Frage, ob die Bestimmung „für eine befristete Tätigkeit als Aushilfskraft“ dem genügt. Dabei ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, was unter einer „Aushilfskraft“ zu verstehen ist. Das im Fall der Klägerin angewandte Haushaltsgesetz NRW 2004/05 meint damit nämlich nicht ein konkretes Vertretungsverhältnis (Befristung gerechtfertigt und zulässig nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) oder die Abdeckung eines vorübergehend erhöhten Arbeitsanfalls (Befristung gerechtfertigt und zulässig gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG).

Newsletter Nr. 3 / 2010



Vielmehr werden „Aushilfskräfte“ mit Tätigkeiten beschäftigt, die einem ständig anfallenden Dauerbedarf des Arbeitgebers zuzuordnen sind und die keinen inhaltlichen Bezug zu der Tätigkeit der ausfallenden Stammarbeitskraft aufweisen. Der „Bezug“ wird ausschließlich dadurch hergestellt, dass in derselben Dienststelle eine Stammarbeitskraft vorübergehend ausfällt und dadurch Mittel frei werden, die für die Vergütung eines befristet eingestellten Arbeitnehmers genutzt werden. Zu Recht weist das LAG Köln darauf hin, dass es sich bei der Annahme, für die Vergütung des befristet eingestellten Arbeitnehmers stünden nur für begrenzte Zeit Haushaltsmittel zur Verfügung, um eine künstliche Fiktion handelt. Denn aufgrund der Vielzahl der bei dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes beschäftigten Stammarbeitskräfte ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass zu jedem Zeitpunkt ein gewisser Prozentsatz von Stammarbeitskräften ohne Anspruch auf Vergütung ausfällt, wenn nicht in der Dienststelle des befristet eingestellten Arbeitnehmers, dann in einer anderen. Wörtlich genommen würde § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG theoretisch die Befristung aller Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst rechtfertigen, da Haushaltspläne üblicherweise nur für begrenzte Zeiträume aufgestellt zu werden pflegen. Alles in allem verdeutlicht das LAG Köln, dass der Anknüpfungspunkt „für die befristete Beschäftigung zur Verfügung stehende Haushaltsmittel“ mehr als bedenklich erscheint, um Befristungen zu rechtfertigen.

Dem Bundesarbeitsgericht rückt das vom LAG Köln angenommene Erfordernis einer konkreteren Zwecksetzung zu nahe an andere, gesondert geregelte Befristungsgründe (Vertretung, erhöhter Arbeitsanfall). Der Sachgrund der Haushaltsbefristung dürfe seine eigenständige Bedeutung nicht verlieren (BAG, 14.02.2007 – 7 AZR 193/06 – NZA 2007, 871 ff. zum „Aushilfsangestellten“ des früheren BAT). In der Tat ist dies bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen. Die Lösung des Auslegungsproblems liegt hier aber, wie vom LAG Köln erkannt, in der Klärung, inwiefern die vom Gesetzgeber angestrebte eigenständige Bedeutung der „Haushaltsbefristung“ überhaupt mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

Am 17. März 2010 (7 AZR 843/08) hat das Bundesarbeitsgericht insoweit zumindest klargestellt, dass die Zwecksetzung im Haushaltsgesetz schon aus Gründen des Europäischen Gemeinschaftsrechts so bestimmt sein muss, dass sie eine Kontrolle ermöglicht, ob die befristete Beschäftigung der Deckung eines vorübergehenden Bedarfs dient. Dies wurde im Fall eines die Bundesagentur für Arbeit betreffenden Haushaltsplans verneint, der für insgesamt 5.000 Arbeitnehmer die Möglichkeit einer dreijährigen Befristung „für Aufgaben nach dem SGB II“ vorsah.

4. Zu guter Letzt weist das LAG Köln darauf hin, dass nach § 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge die Umsetzung der Vereinbarung nicht die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von ihr erfassten Bereich rechtfertigt. Statt den Arbeitnehmerschutz zu erhöhen oder aufrecht zu erhalten, hat § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG aber Befristungsmöglichkeiten ausgeweitet. Die „Haushaltsbefristung“ war nämlich vor Einführung der Norm nur im Hochschulbereich zulässig und gilt nun für den gesamten öffentlichen Dienst.

Sollte ein Verstoß gegen dieses „Verschlechterungsverbot“ vorliegen, stellt sich die weitere Frage, welche Folge dieser für die Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG nach sich zieht. Der EuGH hat – unter vielfach geäußelter Kritik – bereits mehrfach angeordnet, europarechtswidrige Normen schlicht nicht anzuwenden. War die Europarechtskonformität einer Norm bereits streitig, als die Parteien sie anwandten, ist darüber hinaus nicht mit der Gewährung von Vertrauensschutz zu rechnen.

Newsletter Nr. 3 / 2010



Bedeutung für die Praxis:

Den verschiedenen Fragestellungen des LAG Köln wird unterschiedliche Bedeutung zukommen.

Eine Entscheidung des EuGH, die der Rechtsansicht des LAG Köln zur konkreten Zweckbestimmung der Befristung folgt, könnte wegen der weiten Verbreitung der „Haushaltsbefristung“ im öffentlichen Dienst weitreichende Auswirkungen haben. Arbeitsverträge im öffentlichen Dienst sind in der Regel Formulararbeitsverträge, bei denen die im Einzelfall vereinbarten Regelungen – z. B. der zutreffende Befristungsgrund – angekreuzt werden. Es ist daher davon auszugehen, dass von der Möglichkeit der „Haushaltsbefristung“ nur dann Gebrauch gemacht wurde, wenn nicht wegen (unmittelbarer oder mittelbarer) Vertretung oder wegen zeitlich begrenztem erhöhten Arbeitsanfalls befristet werden konnte. Trifft diese Annahme zu, wäre bei einer Entscheidung, mit der der EuGH sich der Rechtsansicht des LAG Köln anschließt, voraussichtlich eine erhebliche Anzahl an Befristungen im öffentlichen Dienst unwirksam.

Praxistipp:

Arbeitnehmer mit „Haushaltsbefristung“, deren befristete Arbeitsverträge demnächst auslaufen, können daher versuchen, sich innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 17 TzBfG auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen, werden nach Klageerhebung allerdings die Entscheidung des EuGH abwarten müssen.

Arbeitnehmer, deren „Haushaltsbefristung“ erst nach einem EuGH-Urteil ausläuft, aus dem sich ihre Unwirksamkeit ergibt, müssen diese ebenfalls gemäß § 17 TzBfG innerhalb der Drei-Wochen-Frist gerichtlich geltend machen, wenn der Arbeitgeber nicht schriftlich die Existenz eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses anerkennt. Keinesfalls sollte in der Zwischenzeit der Arbeitsvertrag „korrigiert“ oder „klargestellt“ werden, indem der unwirksame gegen einen wirksamen Befristungsgrund (z. B. Vertretung) ausgetauscht wird. Denn gerichtlich geprüft wird immer nur die aktuelle Befristung; auf die vorherige unwirksame Vereinbarung könnte sich der Arbeitnehmer dann nicht mehr berufen.

Inwieweit eine mögliche strengere Überprüfung des sachlichen Grundes mit zunehmender Befristungsdauer für die betroffenen Arbeitnehmer positiv wäre, bliebe abzuwarten. Sofern nicht im Einzelfall tatsächlich Interesse an der Beschäftigung eines bestimmten – eingearbeiteten – Arbeitnehmers besteht, ließe sich eine strengere Überprüfung von Vertragsverlängerungen dadurch verhindern, dass diese nicht mehr stattfinden, sondern an seiner Statt ein neuer Arbeitnehmer befristet eingestellt wird.



D. Rückblick:

Kanzleigespräch am 20. Mai 2010 in Frankfurt am Main

Bereits zum dritten Mal fand unser „Kanzleigespräch“ am 20. Mai 2010 am Standort in Frankfurt am Main statt. Dabei belegten die zahlreichen TeilnehmerInnen erneut - sehr eindrucksvoll - das große Interesse, welches im Kreis der von uns beratenen Betriebsratsgremien an einem solchen Rahmen zum Erfahrungsaustausch besteht. Wir bedanken uns noch einmal herzlich für die Teilnahme und die positive Resonanz zu der Veranstaltung. Wir werden diese „Tradition“ natürlich auch zukünftig fortsetzen.

Im Rahmen der Begrüßung der TeilnehmerInnen stellte Herr Rechtsanwalt Lorenz Schwegler kurz die Auflösung der bisherigen Kanzlei und die zukünftige Struktur der daraus entstehenden Sozietäten dar (siehe hierzu auch unter Punkt A. „Aktuelle Entwicklungen“).

Sodann berichtete am Vormittag der Vorsitzende Richter am Bundesarbeitsgericht Herr Burghard Kreft über die aktuellen Entwicklungen der Rechtsprechung zum Thema Betriebsverfassungsrecht. Dabei standen natürlich insbesondere Entscheidungen zu den Beteiligungsmöglichkeiten der Betriebsräte in sozialen, personellen und auch wirtschaftlichen Angelegenheiten im Mittelpunkt. Diese wurden von Herrn Kreft sehr anschaulich dargestellt und auch die jeweiligen Hintergründe der Entscheidungen verdeutlicht. Dabei bestand natürlich Gelegenheit zur Diskussion, wovon die TeilnehmerInnen intensiv Gebrauch machten.

Im Anschluss an den Vortrag von Herrn Kreft bestand während der Mittagspause Gelegenheit, sich am Buffet und mit Getränken zu stärken. Dies diente neben dem regen weiteren Gedankenaustausch wie immer auch dem Kennenlernen und der Pflege guter alter Bekanntschaften.

Frisch gestärkt stand anschließend in dem Vortrag von Herrn Rechtsanwalt Dr. Wolmerath, Chefredakteur der Zeitschrift „Der Betriebsrat“, die Thematik der Öffentlichkeitsarbeit als Handlungsinstrument des Betriebsrats im Mittelpunkt. Neben der sehr anschaulichen Darstellung der Grundlagen und der Grundsätze zur Öffentlichkeitsarbeit wies Herr Dr. Wolmerath zutreffend auf die große Bedeutung der Öffentlichkeitsarbeit für die Betriebsratsarbeit hin. Zudem standen dabei natürlich auch die Fragen nach den gesetzlichen Grundlagen der Öffentlichkeitsarbeit im Mittelpunkt. Schließlich wurden aber auch ganz konkrete Handlungsmöglichkeiten für die Betriebsräte diskutiert.

Im Anschluss an die Veranstaltung nutzten die TeilnehmerInnen dann getreu dem Motto der Veranstaltung „Auf ein Glas - Auf ein Wort“ die Gelegenheit zu einem weiteren Gedankenaustausch.

Verschiedene Unterlagen zu der Veranstaltung finden Sie im Internet unter www.schneider-schwegler.de/Newsletter.



E. Aktuelle Veröffentlichungen:

Dr. Michael Bachner: „Interessenvertretung an der Unternehmensspitze: Die Einberufung zu den Sitzungen des Aufsichtsrats“, in: Der Betriebsrat, Heft 4 / 2010

Dr. Michael Bachner: „Interessenvertretung an der Unternehmensspitze: Die Beschlussfassung im Aufsichtsrat“, in: Der Betriebsrat, Heft 7 / 2010

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

Ralf Trümner/Lars Weinbrenner: „Die Beförderung von Beamten während einer Zuweisung“, in: Der Personalrat 2010, S. 189-192

Ralf Trümner/Lars Weinbrenner: „Der Konzernbegriff des § 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG; in: Arbeit und Recht 2010, S. 248 ff.

Lars Weinbrenner: „Arbeitskleidung und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats“, in: Arbeitsrecht Aktuell 2010, S. 260-262

Lars Weinbrenner: „Einigungsstelle zum Mobbing“, LAG Hamm vom 5.10.2009 - TaBV 63/09, in: Arbeitsrecht im Betrieb 2010, S. 401-403

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

Dr. Sascha Lerch: "Einfache dynamische Bezugnahme auf räumlich nicht einschlägigen Tarifvertrag", Besprechung vom BAG-Urteil 21.10.2009 - 4 AZR 396/08, in: Arbeitsrecht Aktuell, Heft 10, S. 241

Dr. Sascha Lerch: "Keine Vorzeit ärztlicher Tätigkeit als Arzt im Praktikum", Besprechung BAG-Urteil vom 23.09.2009 - 4 AZR 382/08, in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht, Heft 1, S. 22

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



F. Veranstaltungshinweise

I.

„Gesund trotz Arbeit oder gesund durch Arbeit?“

01. und 02. September 2010 in Göttingen

Konferenz für Betriebs- und Personalräte sowie Schwerbehindertenvertretungen

Eröffnungsreferat von Herrn Prof. Dr. Rolf Rosenbrock, Wissenschaftszentrum Berlin;
Konferenzmoderation durch Herrn Dr. Manfred Bobke, Schwegler Rechtsanwälte Köln

II.

„2. Arbeitnehmerdatenschutzkonferenz“

01. und 02. Dezember 2010 in Göttingen

Eröffnungsreferat von Frau Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin, Schwegler Rechtsanwälte Berlin;
Konferenzmoderation durch Herrn Dr. Manfred Bobke, Schwegler Rechtsanwälte Köln

Newsletter Nr. 3 / 2010



V.i.S.d.P.:

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

Kontakt:

Düsseldorf

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

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

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

Berlin

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

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

Enrico Meier
Karsten Sparchholz
Lars Weinbrenner

Frankfurt

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

Dr. Michael Bachner
Peter Gerhardt

Köln

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

Dieter Lenz
Jörg Towara
Dr. Manfred Bobke-von Camen

Wissenschaftliche Berater:

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.