

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

11/14

### Rechtsprechung

---

#### **Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat**

*Der Arbeitgeber kann gegen betriebsverfassungswidriges Verhalten des Betriebsrats vor dem Arbeitsgericht mit einer Feststellungsklage, nicht jedoch mit einem Unterlassungsantrag vorgehen.*

Der stellvertretende Vorsitzende des Betriebsrats Herr B äußert sich gegenüber Beschäftigten des Unternehmens abfällig. Daraufhin leitet der Arbeitgeber ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG beim Arbeitsgericht ein. In diesem Verfahren schließen die Parteien einen Vergleich, in dem sich Herr B verpflichtet, sein Betriebsratsamt niederzulegen. Über die ordnungsgemäße Erfüllung der vergleichsweise eingegangenen Verpflichtungen entwickelt sich zwischen den Parteien ein Streit. Der Arbeitgeber versucht nun, mit einem Unterlassungsantrag vor Gericht zu verhindern, dass Herr B weiterhin für den Betriebsrat als Beisitzer in Einigungsstellen tätig ist.

Das BAG hält den Antrag für unbegründet. Der Arbeitgeber hat gegen den Betriebsrat keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung von betriebsverfassungswidrigem Verhalten. Dies wurde vom BAG bereits im Hinblick auf das in § 74 II 3 BetrVG normierte Verbot parteipolitischer Betätigung des Betriebsrats sowie im Hinblick auf mögliche Maßnahmen des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (vgl. § 74 II 1 BetrVG) entschieden. Hintergrund ist die gesetzliche Regelung in § 23 BetrVG, die lediglich dem Betriebsrat, nicht jedoch dem Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch für den Fall der Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte einräumt (vgl. § 23 III BetrVG). Dafür steht dem Arbeitgeber die Befugnis zu, unter bestimmten Voraussetzungen die Auflösung des Betriebsrats zu beantragen (§ 23 I BetrVG). Dieses Grundkonzept ist auch dann maßgeblich, wenn eine Verletzung anderer betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften (wie etwa die Besetzung der Einigungsstelle) streitig ist. Vorläufiger Rechtsschutz, wie in § 85 II ArbGG offenkundig vorgesehen, steht dem Arbeitgeber auch ohne die Möglichkeit einer Unterlassungsverfügung offen. Er kann insbesondere im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren unter den Voraussetzungen von § 940 ZPO eine Feststellungsverfügung zur vorläufigen Regelung des Sachverhalts erwirken, wenn Verstöße des Betriebsrats gegen betriebsverfassungsrechtliche Verpflichtungen in Rede stehen. Ein entsprechendes Feststellungsverfahren kann nach der Konzeption des § 23 BetrVG auch zur Klärung der Rechtslage im Hinblick auf ein mögliches Amtsenthebungsverfahren dienen. Auf diese Weise kann der Arbeitgeber ein rechtskonformes Verhalten des Betriebsrats herbeiführen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass ein Unterlassungstitel in Anbetracht der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats grundsätzlich nicht vollstreckbar wäre. Der Betriebsrat ist nach der Betriebsverfassung im Rahmen seines Wirkungskreises von seinen Einzelmitgliedern zu unterscheiden. Die gegen ihn ergehenden gerichtlichen Entscheidungen richten sich nicht gegen seine Mitglieder und können daher auch nicht (ersatzweise) gegen diese vollstreckt werden. Die einzelnen Mitglieder sind insbesondere – anders als etwa Organmitglieder juristischer Personen – nicht in der Lage, die Handlungen des Betriebsrats so zu steuern, dass sie zwangsvollstreckungsrechtlich für die Erfüllung der gegen das Gremium titulierten Verpflichtungen in Anspruch genommen werden könnten.

**Praxishinweis:** Das BAG bestätigt seine frühere Rechtsprechung und weitet diese auf das gesamte Betriebsverfassungsrecht aus. Nicht zu verkennen ist, dass damit eine gewisse Ungleichheit zwischen den Betriebspartnern zementiert wird. Während der Betriebsrat unerwünschte Handlungen des Arbeitgebers in vielen Fällen effektiv mit einer Unterlassungsverfügung unterbinden kann, steht dem Arbeitgeber kein gleich wirksames Mittel zur Verfügung. Der Hinweis des BAG auf ein mögliches Amtsenthebungsverfahren verfängt jedenfalls unter praktischen Gesichtspunkten nicht. Die von den Gerichten gesetzten Hürden sind derart hoch, dass Amtsenthebungsverfahren in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis kaum eine Rolle spielen.

*BAG, Urteil vom 28.5.2014 – 7 ABR 36/12*

---

## **Diskriminierende Befristungsabrede**

***Ein befristet beschäftigtes Betriebsratsmitglied, dem der Abschluss eines Folgearbeitsvertrags allein im Hinblick auf seine Betriebsrats Tätigkeit verweigert wird, kann im Wege des Schadensersatzanspruches Anspruch auf einen Folgearbeitsvertrag haben.***

Der Arbeitgeber schließt mit der Arbeitnehmerin einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag. Während der befristeten Beschäftigung wird die Arbeitnehmerin in den Betriebsrat gewählt. Nach Ablauf der Befristung bietet der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin keinen Folgearbeitsvertrag mehr an. Die Arbeitnehmerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Entschluss des Arbeitgebers allein auf ihre Betriebsrats Tätigkeit zurückzuführen sei. Sie klagt daher vor dem Arbeitsgericht auf die Fortführung ihres Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Eine Betriebsratsmitgliedschaft steht dem Ablauf eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis nach § 14 II TzBfG grundsätzlich nicht entgegen. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist weder aus Gründen nationalen Rechts noch unionsrechtlich teleologisch zu reduzieren. Das hat der *Senat* bereits in einer früheren Entscheidung festgestellt. Die Vorschrift des § 15 KSchG schützt ein Betriebsratsmitglied nur vor (ordentlichen) Kündigungen, nicht aber vor der sonstigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Allerdings dürfen Betriebsratsmitglieder gem. § 78 S. 2 BetrVG wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Dazu zählt jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern nur auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Eine solche Schlechterstellung kann auch in einem Unterlassen liegen, etwa indem einem geschützten Mandatsträger Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt. Somit kann auch die mangelnde Übernahme eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglied in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich eine nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässige Benachteiligung darstellen, wenn sie gerade wegen der Betriebsrats Tätigkeit erfolgt. In diesem Fall hat der betroffene Mandatsträger einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB als auch nach § 823 II BGB, der auf den Abschluss eines (unbefristeten) Folgearbeitsvertrags gerichtet ist (§ 249 I BGB). Zwar hat das BAG in Fällen der Verletzung von § 612a BGB in analoger Anwendung des § 15 VI AGG einen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen. Die Sachlage im Streitfall ist jedoch nicht mit dieser Konstellation vergleichbar. Denn § 78 BetrVG schützt nicht nur das betroffene Betriebsratsmitglied, sondern auch den Betriebsrat als Organ und die Kontinuität der Betriebsratsarbeit. Der Schutzzweck der Norm ist daher nicht nur individuell personenbezogen, sondern zugleich kollektiv gremienbezogen. Das schließt eine analoge Anwendung von § 15 VI AGG mangels Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage aus. Hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Benachteiligung als Voraussetzung des Schadensersatzanspruches gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Da die Motive des Arbeitgebers zur Kündigung grundsätzlich nicht nach außen dringen, genügt zunächst die Behauptung des betroffenen Betriebsratsmitglieds, ihm sei der Abschluss eines Folgearbeitsvertrags gerade wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit verweigert worden. Der Arbeitgeber muss sich dann zu dieser Behauptung wahrheitsgemäß erklären. Der Arbeitnehmer kann zur Verstärkung seiner Behauptung zudem Beweis durch den Vortrag von Hilfstatsachen führen. Im Streitfall ist die Vorinstanz

in nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arbeitgeber nicht gegen § 78 BetrVG verstoßen hat.

**Kritik:** Die Entscheidung des BAG „durchlöchert“ den Grundsatz, dass in Diskriminierungsfällen (ganz gleich ob diese auf die Vorschriften des AGG oder auf andere Rechtsgrundsätze gestützt werden) der Geschädigte die Begründung oder die Wiederherstellung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verlangen kann. Das dafür herangezogene Argument „hinkt“, denn die Kontinuität der Betriebsratsarbeit wird durch das Betriebsverfassungsrecht hinreichend sichergestellt, etwa indem für jedes Betriebsratsmitglied ein Ersatzmitglied zu wählen ist. Es besteht demnach nicht die Gefahr, dass eine Arbeitnehmervertretung in Folge der unberechtigten Nichtverlängerung eines Arbeitsverhältnisses eines seiner Mitglieder arbeitsunfähig wird. Im Ergebnis überdehnt das BAG den Mandatsträgerschutz, was durch die für den Arbeitnehmer stark erleichterte Beweisführung – die im Ergebnis in die Nähe von § 22 AGG rückt – noch verstärkt wird.

*BAG, Urteil vom 25.6.2014 – 7 AZR 847/12*

---

## Zulässigkeit sachgrundloser Altersbefristungen

*Die in § 14 III TzBfG normierte Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung mit älteren Arbeitnehmern ist wirksam und mit Unionsrecht vereinbar.*

Die Arbeitnehmerin ist von Februar bis August 2008 arbeitslos gemeldet. Sie schließt mit dem Arbeitgeber einen befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1.9.2008 bis zum 31.12.2010. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat die Arbeitnehmerin das 52. Lebensjahr vollendet. Vor dem Arbeitsgericht macht sie die Unwirksamkeit der Befristungsabrede geltend.

Nach Auffassung des BAG ist die Entfristungsklage unbegründet. Das Arbeitsverhältnis wurde gem. § 14 III TzBfG wirksam sachgrundlos befristet. Die im Gesetz normierten Voraussetzungen für die Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung mit älteren Arbeitnehmern liegen vor. Die Vorschrift ist auch wirksam; sie verstößt insbesondere nicht gegen europarechtliche Vorgaben. Das gilt jedenfalls, soweit die Befristung erstmalig zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien erfolgt. Mit diesem Inhalt verletzt die Norm weder die EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG („Rahmenvereinbarung“) noch die Richtlinie 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Diskriminierungsrichtlinie“). Nach der Rahmenvereinbarung sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, gegen den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge bestimmte Vorkehrungen zu treffen, etwa indem sie eine maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge vorsehen. Diesen Anforderungen genügt die streitige Vorschrift, da die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung ausdrücklich auf fünf Jahre begrenzt wird (§ 14 III 2 TzBfG). Es liegt auch kein Verstoß gegen das in der Diskriminierungsrichtlinie verankerte Verbot der Altersdiskriminierung vor. Die Eröffnung einer erleichterten Befristungsmöglichkeit mit Beschäftigten, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, führt zwar zu einer unmittelbaren Diskriminierung wegen des Alters. Diese ist jedoch insoweit gerechtfertigt, als es um die *erstmalige* Inanspruchnahme der Befristungsmöglichkeit zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien geht. Nach Art. 6 I der Diskriminierungsrichtlinie können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein können, sofern die entsprechenden Regelungen objektiv und angemessen zur Herbeiführung dieses Ziels sind. Dazu gehören insbesondere Maßnahmen im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarkts und der beruflichen Bildung. Insoweit ist anerkannt, dass die Förderung einer Eingliederung älterer Arbeitnehmer in das Beschäftigungsleben die Voraussetzungen eines legitimen Ziels erfüllt, weil diese Personen erhebliche Schwierigkeiten haben, wieder einen Arbeitsplatz zu finden. Mit § 14 III TzBfG wollte der Gesetzgeber dezidiert „für Ältere eine Brücke zu einer dauerhaften Beschäftigung“ schaffen (BT-Dr 16/3793, S. 7). Die getroffene Regelung ist auch geeignet und erforderlich zur Erreichung dieses Ziels sowie verhältnismäßig im engeren Sinn. Das

ergibt sich aus der zusätzlichen Voraussetzung der vorangehenden Beschäftigungslosigkeit sowie der Begrenzung der Befristungsdauer auf insgesamt fünf Jahre. Damit werden die Betroffenen gegenüber jüngeren Beschäftigten nicht völlig schutzlos gestellt. Inwieweit dies auch der Fall wäre, sofern ein Arbeitgeber von der Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 III TzBfG mit Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses mehrfach Gebrauch macht, kann dahinstehen. In diesem Fall wäre die Norm jedenfalls mit dem Inhalt aufrecht zu erhalten, dass eine sachgrundlose Befristung bei erstmaliger Inanspruchnahme der Befristungsmöglichkeit durch die Arbeitsvertragsparteien (noch) zulässig ist.

**Praxishinweis:** Mit seiner Entscheidung orientiert sich das BAG an den Vorgaben des EuGH in dessen Urteil in der Sache „Mangold“ (EuGH, \_\_\_). Darin hatte der EuGH die bis zum 1.5.2007 geltende Gesetzesfassung von § 14 III TzBfG als unionswidrig verworfen, weil in dem Gesetz außer einer Altersgrenze keine weiteren einschränkenden Voraussetzungen für sachgrundlose Befristungen mit älteren Arbeitnehmern vorgesehen waren. Im Hinblick auf die Vorgaben des EuGH lehnt das BAG nunmehr zu Recht ein (erneutes) Vorabentscheidungsersuchen ab. Auf Grund der relativ deutlichen Worte des Gerichts wird man künftig davon ausgehen müssen, dass die Voraussetzungen einer mangelnden Vorbeschäftigung gem. § 14 II 2 TzBfG zusätzlich in § 14 III TzBfG „hineingelesen“ werden müssen. Tendenziell gilt das auch für die Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeiten innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums (vgl. § 14 II 1 2. Hs. TzBfG).

*BAG, Urteil vom 28.5.2014 – 7 AZR 360/12*

---

## **Kündigung bei außerdienstlicher Straftat**

***Außerdienstliche Straftaten eines im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmers können grundsätzlich eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, auch wenn kein unmittelbarer Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht.***

Der Arbeitnehmer ist bei einer Bundesbehörde als Sachbearbeiter im Bereich „Leistungsgewährung nach SGB II“ beschäftigt. Er wird mehrfach wegen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafrechtlich verfolgt und schließlich zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Die Arbeitgeberin kündigt daraufhin das Arbeitsverhältnis ordentlich.

Das BAG hält die vom Arbeitnehmer erhobene Kündigungsschutzklage für unbegründet. Die Kündigung ist zwar nicht aus verhaltensbedingten, jedoch aus personenbedingten Gründen i.S. von § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt. Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt vorliegend nicht in Betracht, da das außerdienstliche Verhalten keinen nachweislichen Bezug zum Arbeitsverhältnis hatte. Gleichwohl steht der Arbeitgeberin ein personenbedingter Grund zur Seite. Denn dem Arbeitnehmer fehlt auf Grund seines strafbaren Verhaltens die notwendige Eignung zur Ausübung seiner Tätigkeit. Eine außerdienstliche Straftat kann grundsätzlich Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beschäftigten begründen. Ob daraus ein personenbedingter Kündigungsgrund folgt, hängt von der Art des Delikts, den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb ab. Die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes sind dabei angemessen zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall vermag das Verhalten des Arbeitnehmers die Besorgnis zu begründen, er könne bei der Ausübung seiner Tätigkeit (d.h. der Vergabe von öffentlichen Leistungen) erpressbar sein oder in anderweitige Interessenkonflikte geraten, insbesondere wenn Personen aus dem strafrechtlichen Milieu mögliche Antragsteller sind. Die uneingeschränkte unbefangene Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist insoweit nicht gewährleistet. Diese Beeinträchtigung wird nicht durch mögliche entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers aufgewogen.

**Praxishinweis:** Verhaltens- und personenbedingte Kündigungsgründe sind bei außerdienstlichen Straftaten nur schwer abgrenzbar. Denn auch im letzteren Fall verlangt das BAG eine Abwägung des Vorfalls im Lichte der „konkreten Arbeitspflichten“ des Arbeitnehmers und seiner „Stellung im Betrieb“. Damit ist letztlich auch in diesem Fall ein Querbezug zwischen der (außerdienstlich)

begangenen Straftat und dem Arbeitsverhältnis herzustellen. Eine generelle Absenkung der Anforderungen für eine arbeitgeberseitige Kündigung bei strafbarem Verhalten dürfte die Entscheidung daher nicht beinhalten. Gleichwohl wird der bereits bekannte Grundsatz bestätigt, dass derartige Kündigungen im öffentlichen Dienst leichter als in der Privatwirtschaft auszusprechen sind.

*BAG, Urteil vom 10.4.2014 – 2 AZR 684/13*

## Nachrichten

---

### Berichtigung

*Die zutreffende Fundstelle der Entscheidungs-Besprechung „Anordnung von Pausenregelungen“ (NJW-Spezial 2014, 594) lautet wie folgt: LAG Köln, Urteil vom 27.11.2013 – 5 Sa 376/13*

## Nachrichten

---

### Eckpunkte-Papier zur Tarifeinheit

***Das Bundesarbeitsministerium hat ein Eckpunktpapier zur gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit vorgelegt, das auch vom Bundeskabinett bestätigt werden soll.***

Ziel ist es, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems durch die Auflösung von möglichen Tarifpluralitäten sicherzustellen. Dazu soll festgelegt werden, dass im Fall einer Überschneidung von Tarifverträgen unterschiedlicher Gewerkschaften im Betrieb nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung gelangt, die im Betrieb mehr Mitglieder hat („Mehrheitsgewerkschaft“). Für bereits geltende Tarifverträge wird eine Übergangsregelung vorgesehen. Unberührt bleiben Fallgestaltungen, in denen Gewerkschaften inhaltsgleiche Tarifverträge (sog. Anschlussstarifverträge) abgeschlossen haben oder innerhalb eines Betriebs verschiedene Gewerkschaften ihre Zuständigkeiten jeweils für verschiedene Arbeitnehmergruppen abgestimmt haben (sog. „gewillkürte Tarifpluralität“). Die Tätigkeit von berufsspezifischen Spartengewerkschaften (wie etwa der Vereinigung Cockpit) bleibt demnach von der geplanten Neuregelung unberührt. Um verfassungsrechtlichen Belangen Rechnung zu tragen, sollen die neuen Regelungen der Tarifeinheit unter Einbindung der Spitzenorganisationen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch „flankierende Verfahrensregelungen“ abgesichert werden.