

# sfm-arbeitsrecht

aktuell

2003 / I.

Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

mit diesem Rundbrief wollen wir Ihnen ab sofort Informationen aus dem Bereich des Arbeitsrechts zur Verfügung stellen. In unregelmäßigen Abständen werden wir neue Rechtsprechung zusammenstellen, Tipps für die Arbeit in Betriebs- und Personalräten geben, aber auch rechtspolitische Beiträge zur Diskussion stellen.

In dieser ersten Ausgabe setzen wir uns mit den Plänen zur Verwässerung des Kündigungsschutzes auseinander, stellen eine Auswahl der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts des 4. Quartals 2003 dar (Seite 2), erläutern die Entscheidung des Arbeitsgerichts München zur Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen vor Abschluss der Verhandlungen eines Interessenausgleichs (Seite 5) und beschäftigen uns im „Stichwort“ mit dem Schriftformerfordernis im Arbeitsrecht (Seite 2).

Nun wünschen wir viel Spaß beim Lesen und bitten um rege Kommentierung an [kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de](mailto:kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de)

die redaktion

## Rettet den Kündigungsschutz

**Die Pläne von Teilen der Bundesregierung gefährden das soziale Gefüge und bringen keine neuen Arbeitsplätze**

Nur wenige Monate nachdem die Bundesregierung versichert hatte, der Kündigungsschutz werde nicht in Frage gestellt, laufen wieder einmal Teile derselben dem neoliberalen Zeitgeist hinterher. Wieder wird die noch nie bewiesene These bemüht, dass die Abschaffung von Schutzrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Schaffung von Arbeitsplätzen führen würde.

Erschreckend ist hier nicht nur die „Medizin für den Wirtschaftsstandort“, sondern bereits die extreme Unkenntnis oder bewusste Desinformation, mit der solche Pläne begründet werden. Kein kleiner Handwerker könne sich, ohne Pleite zu gehen, von Mitarbeitern trennen, wenn es ihm wirtschaftlich schlecht gehe und er keine Aufträge hätte. Stets müsse ein solcher armer geschundener Arbeitgeber unermessliche Summen an Abfindung bezahlen. Auch sonst seien Kündigungen stets mit der Verpflichtung zur Zahlung hoher Abfindungen verbunden.

Die aktuelle Rechtslage sieht jedoch anders aus: In Unternehmen mit fünf oder weniger Vollzeitbeschäftigten oder einer entsprechenden Anzahl an Teilzeitkräften gilt das Kündigungsschutzgesetz bereits heute nicht. Der Arbeitgeber kann selbst nach langjäh-

riger Beschäftigung ohne Angabe eines Grundes kündigen. Er muss lediglich die Kündigungsfrist einhalten.

In größeren Unternehmen muss ein Grund vorliegen, wenn die Kündigung eines Mitarbeiters wirksam sein soll, der länger als sechs Monate beschäftigt ist. Ja ist das denn zu viel verlangt in einem Staat, der sich Sozialstaat nennt, dass ein Grund vorliegt, wenn man Menschen die Existenzgrundlage entzieht?!

Aber auch das Erfordernis des Grundes führt nicht bereits zu den angeblich unermesslich hohen Abfindungen. Hat ein Unternehmen z. B. einen Auftragseinbruch zu verzeichnen, so kann es die entsprechende Anzahl an Arbeitnehmern entlassen, ohne dass dies zunächst zur Zahlung von Abfindungen führen muss. Der Arbeitgeber muss nur Formvorschriften und die Sozialauswahl einhalten. Eine Pflicht zur Abfindung gibt es (bis auf extreme Ausnahmefälle) nur bei Sozialplänen.

Die Ängste und Nöte der kleinen Handwerksbetriebe, die angeblich Angst vor Einstellungen haben, sind daher nur vorgeschoben.

Nach derzeitiger Rechtslage kann jeder Arbeitgeber auf mangelnde Beschäftigungsmöglichkeit entsprechend reagieren.

# BAG-Splitter:

## 4. Quartal 2002

### Unterrichtungsansprüche des Betriebsrats bestehen auch im Streik

Im Arbeitskampf haben zwar Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zurückzutreten, wenn sie geeignet sind, die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers einzuschränken. Deshalb bedürfen arbeitskampfbedingte Einstellungen und Versetzungen ebensowenig der Zustimmung des Betriebsrats wie arbeitskampfbedingte Veränderungen der Arbeitszeit. Die gesetzlichen Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers sind jedoch regelmäßig nicht geeignet, ... (*weiter auf Seite 3.*)

Die Tatsache, dass bei Kündigungen in der Praxis doch sehr oft Abfindungen bezahlt werden, liegt an anderen Faktoren. Viele Arbeitgeber ignorieren mehr oder minder bewusst Formvorschriften und Fragen der Begründung einer Kündigung, insbesondere der Sozialauswahl.

Große Konzerne kündigen langjährige ältere Mitarbeiter und stellen gleichzeitig jüngere und damit billigere ein. Dies ist die Realität.

Auch die Erfahrung spricht gegen eine Aufweichung des Kündigungsschutzes. Oft vergessen wird, dass die Kohl-Regierung in ihrer Schlussphase (1996) den Kündigungsschutz gelockert hatte und die Größe der Unternehmen, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, auf 10 Vollzeitbeschäftigte angehoben hatte. Arbeitsmarkteffekt: NULL!

Der ebenfalls diskutierte Weg zu einer (reinen) Abfindungsregelung, wonach eine Kündigung keines Grundes bedarf, dann jedoch die Zahlung einer Abfindung Pflicht wäre, geht in die falsche Richtung. Die Gefahr für Arbeitgeber, mit der Kündigung eines langjährigen älteren Mitarbeiters bei gleichzeitiger Einstellung einer jungen Ersatzkraft vor dem Arbeitsgericht nicht „durchzukommen“, muss bestehen bleiben, will man nicht gleichzeitig die Rentengrenze auf 50 herabsetzen. Die betriebswirtschaftliche „Vernunft“ würde geradezu dazu treiben, ältere und damit teurere Mitarbeiter gegen Geld zu ersetzen. Bei festen Tarifen muss man nur noch bilanzielle Rückstellungen bilden und dann durch Kündigung auflösen.

Ist dann erst mal das Kündigungsschutzrecht inhaltlich entleert und zu einem Abfindungsrecht degradiert, wird es kein Halten geben, die Tarife angesichts von Jammerdiskussionen der Arbeitgeberverbände immer mehr abzusenken (die praktizierten sog. Haustarife sind übrigens regional sehr unterschiedlich).

Es bleibt dabei, dass bis heute niemand darlegen konnte, dass der Kündigungsschutz Einstellungen ver-

hindert, da in unserem Wirtschaftssystem bisher Einstellungen vorgenommen wurden, wenn Arbeitskräftebedarf bestand und nicht nur, weil es einfach war. Habe ich nichts zu produzieren oder keine Nachfrage nach meinen Dienstleistungen, werde ich keine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einstellen. Hieran hat weder die (von uns strikt abgelehnte) Ausweitung der Möglichkeit zur Befristung von Arbeitsverhältnissen etwas geändert, noch wird es eine Aufweichung des Kündigungsschutzes tun.

Die derzeitige Diskussion, die vom Minister für Wirtschaft statt Arbeit angeführt wird, lenkt hier nur von zentralen Defiziten ab.

Krikor R. Seebacher  
Michael Fleischmann  
Andreas Müller

## Praxis-Stichwort: Schriftform

Zahlreiche Regelungen im Arbeitsrecht erfordern die Einhaltung von Formvorschriften. Eine davon ist das Schriftformerfordernis.

- § 623 BGB – Schriftform der Kündigung
- § 99 Abs. 3 Abs. 3 – schriftliche Zustimmungsverweigerung
- § 102 Abs. 2 BetrVG – schriftliche Mitteilung von Bedenken gegen Kündigung
- § 102 Abs. 3 BetrVG – nach h. M. Schriftform des Widerspruchs gegen Kündigung
- Art. 70 Abs. 2 BayPVG – Schriftform bei Mitbestimmung
- § 69 BPersVG – Schriftform bei Mitbestimmung
- Tarifliche Ausschlussklauseln - teilweise Erfordernis der schriftlichen Geltendmachung

Besteht ein gesetzliches Schriftformerfordernis, so fordert § 126 BGB zunächst eine Originalunterschrift. Diese kann ersetzt werden durch notarielle Beurkundung oder die elektronische Form des § 126a BGB. Bei letzterem wird jedoch eine „qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz“ gefordert, so dass es in der Praxis bei der Originalunterschrift bleibt.

Das Bundesarbeitsgericht hat für die Geltendmachung von Ansprüchen ein Faxschreiben zugelassen, damit also die Kopie einer Originalunterschrift. Hier handelt es sich jedoch nicht um ein gesetzliches Schriftformerfordernis.

In der Praxis sollten Betriebs- und Personalräte daher bei Stellungnahmen zu personellen Einzelmaßnahmen und Kündigungen immer dafür sorgen, dass die Stellungnahme von der/dem Vorsitzenden unterzeichnet ist und dem Arbeitgeber auch so innerhalb der entsprechenden Frist zugeht.

Daher raten wir insbesondere von e-mails ab. Wir sind zwar der Meinung, dass z.B. bei Kündigungswidersprüchen die herrschende Meinung mit ihrer These des gesetzlichen Schriftformerfordernisses falsch liegt, aber sicher ist sicher.

Ihr sfm-arbeitsrecht-team

Abwehrmaßnahmen der hier in Rede stehenden Art nennenswert zu beeinträchtigen. Die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers gebietet dann keine Einschränkung der gesetzlichen Informationsansprüche des Betriebsrats.

*BAG Beschluss vom 10. Dezember 2002 - 1 ABR 7/02 – zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 90/02*

### **Betriebsbedingte Kündigung des Insolvenzverwalters in der Freistellungsphase der Block-Altersteilzeit ist nicht gerechtfertigt**

Die Stilllegung eines Betriebes stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis dar, das nach § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung eines Arbeitnehmers rechtfertigt, der sich bereits in der Freistellungsphase der Block-Altersteilzeit befindet. Nur dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, können eine Kündigung sozial rechtfertigen.

Die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Das Fehlen hinreichender finanzieller Mittel stellt keinen ausreichenden Kündigungsgrund dar.

*BAG, Urteil vom 5. Dezember 2002 - 2 AZR 571/01 – zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 88/02*

### **Arbeitgeber muss die Versetzung eines Schwerbehinderten auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz nötigenfalls durch ein Zustimmungseretzungsverfahren durchsetzen**

Nach § 81 Abs. 4 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen gegenüber ihrem Arbeitgeber Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Der Anspruch besteht nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.

Kann der Beschäftigungsanspruch nur durch eine Versetzung erfüllt werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, zunächst die nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung einzuholen. Dem Arbeitgeber ist auch zumutbar, das Zustimmungseretzungsverfahren gegen den Betriebsrat nach § 99 Abs. 3 BetrVG durchzuführen, wenn dieser sich auf gesetzliche Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG beruft, soweit diese nicht objektiv vorliegen. Das Ergebnis des gerichtlichen Verfahrens ist auch für den schwerbehinderten Menschen verbindlich. Bei schuldhaft unzureichender Verfahrensführung werden Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitgeber begründet.

*BAG, Urteil vom 3. Dezember 2002 - 9 AZR 481/01 - und - 9 AZR 104/02 – zit nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 86/02*

### **Freistellung schwerbehinderter Menschen von Mehrarbeit und Nacharbeit**

Nach § 124 SGB IX sind schwerbehinderte Menschen auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freizustellen. Mehrarbeit ist jede Arbeit, die die gesetzliche werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbZG überschreitet. Tarifliche oder arbeitsvertragliche Arbeitszeiten sind nicht maßgebend. Sie gewährleisten trotz kürzerer regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit nicht notwendig den Gesundheitsschutz des schwerbehinderten Menschen und dessen Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft.

Das Verlangen auf Freistellung von Mehrarbeit führt aber weder zu einem Anspruch auf die 5-Tage-Woche noch auf Befreiung von Nacharbeit. Etwas anderes kann sich allerdings im Einzelfall aus § 81 Abs. 4 Ziff. 4. SGB IX ergeben, wenn das zur behinderungsgerechten Gestaltung der Arbeitszeit erforderlich ist. Die Erfüllung darf für den Arbeitgeber aber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein.

*BAG, Urteil vom 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - zit nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 85/02*

### **Geschlechtsdiskriminierung beim Entgelt auch durch Pensionskasse möglich**

Eine Regelung, wonach "Witwerversicherung" nur dann zu gewähren ist, "wenn die Verstorbene den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten hat", ist wegen unmittelbarer Geschlechtsdiskriminierung beim Entgelt unanwendbar. Das in Art. 119 EG-Vertrag (heute: Art. 141 EG) festgelegte Diskriminierungsverbot richtet sich nicht nur gegen den Arbeitgeber, sondern auch gegen eine von diesem eingeschaltete selbständige Pensionskasse (EuGH, Urteil vom 9. Oktober 2001).

Die einschränkende Bestimmung für den Anspruch auf Witwerversicherung ist unmittelbar frauendiskriminierend und verstößt deshalb gegen Art. 141 EG (= Art. 119 EGV aF). Dass sich dies auch im Verhältnis zur beklagten Pensionskasse auswirken muss, hat der Europäische Gerichtshof für den Senat verbindlich festgelegt. Der Anspruch auf Witwerrente besteht unabhängig davon, ob die verstorbene Ehefrau des Klägers den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hat.

*BAG, Urteil vom 19. November 2002 - 3 AZR 631/97 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 82/02  
Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 9. Oktober 2001 - Rs. C-379/99 -*

### **Mitbestimmung nach § 99 BetrVG beim Einsatz ehrenamtlicher Vereinsmitglieder auf Rettungsfahrzeugen**

Auch bei der Beschäftigung von ehrenamtlich im Rettungs- und Transportdienst tätigen Vereinsmitgliedern handelt es sich um Einstellungen im Sinne von

§ 99 Abs. 1 BetrVG. Dafür bedarf es nicht der Arbeitnehmereigenschaft, es genügt die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb zur Leistung einer ihrer Art nach weisungsabhängigen Tätigkeit.

*BAG, Beschluss vom 12. November 2002 - 1 ABR 60/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 81/02*

### **Bei Sozialplanabfindungen ist Erziehungsurlaub (Elternzeit) als Beschäftigungszeit zu behandeln**

Die Betriebsparteien haben bei der Gestaltung von Regelungen, mit denen sie Nachteile aus einer Betriebsänderung für die betroffenen Arbeitnehmer ausgleichen oder mildern wollen, einen weiten Gestaltungsspielraum. Danach dürfen sie bei der Bemessung von Abfindungsbeträgen auch auf die Dauer der bisherigen Beschäftigung abstellen, obwohl die Überbrückungsfunktion eines Sozialplans auf die Zukunft gerichtet ist. Die Gründe für eine Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer rechtfertigen es aber nicht, von dieser die Zeiten von Erziehungsurlaub (Elternzeit) auszunehmen. Insoweit ist der Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien eingeschränkt, weil der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG (Ehe und Familie, Pflege und Erziehung der Kinder) berührt ist.

*BAG, Urteil vom 12. November 2002 - 1 AZR 58/02 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 80/02*

### **Zugang eines Kündigungsschreibens während der Abwesenheit des Arbeitnehmers – fristlose Kündigung wegen Verstosses gegen § 7 Abs. 2 BAT**

Die beharrliche Verletzung der Pflicht, dem nach § 7 Abs. 2 BAT mit der Begutachtung der Dienstfähigkeit betrauten Vertrauensarzt Vorbefunde zur Verfügung zu stellen, kann je nach den Umständen einen wichtigen verhaltensbedingten Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB bzw. § 54 BAT bilden. Eine größere Stadt kann auch, zumindest solange der betreffende Arbeitnehmer gegen die Person des Gutachters keine Einwendungen erhebt, einen eigens zur Erstellung dieser und vergleichbarer Gutachten eingerichteten Personalärztlichen Dienst als bestellten Vertrauensarzt mit der Begutachtung beauftragen.

Es bleibt offen, ob die o. g. Pflichtwidrigkeit einen Dauertatbestand darstellt mit der Folge, dass bei Ausspruch der Kündigung die Frist des § 626 Abs. 2 BGB und damit die Frist des § 21 Abs. 2 SchwbG (jetzt § 90 Abs. 2 SGB IX) nicht begonnen hatte.

Jedenfalls kann sich ein Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf die verspätete Aushändigung eines Kündigungsschreibens berufen, wenn er aus einem vorangegangenen Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle (jetzt Integrationsamt) weiß, dass ihm eine fristlose Kündigung zugehen wird und dann die Kündigung nicht zeitnah bei der Postdienststelle

abholt, obwohl ihm ein Benachrichtigungsschein der Post zugegangen ist.. (Zu Lasten der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht berücksichtigt, dass schon ein erster Kündigungsversuch der Beklagten per Einschreiben unter ähnlichen Umständen gescheitert ist und dass die Klägerin dem von ihr beauftragten Rechtsanwalt offensichtlich vor ihrer Abreise Klagevollmacht, nicht jedoch Empfangsvollmacht erteilt hatte und dann für längere Zeit abgereist ist, ohne irgendwelche Vorkehrungen für einen Posteingang zu treffen.)

*BAG, Urteil vom 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 79/02*

### **Entgeltfortzahlung für Personalratsschulung ohne Urlaubslohnaufschlag nach BMT-G II**

Die Fortzahlung des Entgelts während einer Personalratsschulung im Anwendungsbereich des Bundes-Manteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) ist nicht nach den Regeln für die Bezahlung von Urlaubslohn zu berechnen. Dem Arbeitnehmer steht nur das Arbeitsentgelt zu, das er bei Erbringung der Arbeitsleistung erhalten hätte, nicht aber der Urlaubslohnaufschlag gem. § 26 Abs. 2 iVm. § 67 Nr. 40 BMT-G II.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Oktober 2002 - 7 AZR 416/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 74/02*

### **Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss eines Sozialplans bei betriebsübergreifenden Betriebsänderungen**

Der Abschluss eines Sozialplans fällt in den Zuständigkeitsbereich des Gesamtbetriebsrats, wenn die in dem Interessenausgleich vereinbarte Betriebsänderung nicht nur einen einzigen Betrieb, sondern die Mehrzahl der Betriebe der Arbeitgeberin betrifft und die Durchführung der Betriebsänderung betriebsübergreifend einheitliche Kompensationsregelungen erfordert (Fortführung der Rechtsprechung des Ersten Senats aus dem Urteil vom 11. Dezember 2001 - 1 AZR 193/01 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

*BAG, Beschluss vom 23. Oktober 2002 — 7 ABR 55/01 — zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 73/02*

### **Kopftuch kein Kündigungsgrund**

Die Weigerung einer Arbeitnehmerin, das Tragen eines Kopftuchs während der Arbeitszeit zu unterlassen, rechtfertigt für sich genommen keine Kündigung.

Arbeitgeber haben bei der auf ihr Direktionsrecht gestützten Festlegung von Bekleidungsregeln die grundrechtlich geschützte Glaubensfreiheit zu berücksichtigen. Das Tragen eines Kopftuchs aus religiöser Überzeugung fällt in den Schutzbereich. Zwar genießt auch die unternehmerische Betätigungsfreiheit grundrechtlichen Schutz. Zwischen beiden Positionen ist ein

möglichst weitgehender Ausgleich zu versuchen. Allein die Befürchtung der Arbeitgebers, es werde im Falle des Einsatzes einer kopftuchtragenden Arbeitnehmerin zu nicht hinnehmbaren Störungen kommen, reicht bei dieser Abwägung nicht aus, die geschützte Position der Arbeitnehmerin ohne weiteres zurücktreten zu lassen. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass es bei der Beschäftigung einer Verkäuferin mit einem "islamischen Kopftuch" in einem Kaufhaus notwendigerweise zu erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen des Unternehmens etwa durch negative Reaktionen von Kunden kommt.

Vorliegend wäre es dem Arbeitgeber zumindest zuzumuten gewesen, die Arbeitnehmerin zunächst einmal einzusetzen und abzuwarten, ob sich seine Befürchtungen in einem entsprechenden Maße realisierten und ob dann etwaigen Störungen nicht auf andere Weise als durch Kündigung zu begegnen gewesen wäre.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 71/02*

### **Grenzen der Unternehmerentscheidung**

Die Entscheidung eines Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil bisher beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen.

Zwar ist die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Unternehmerentscheidung von den Arbeitsgerichten inhaltlich nicht zu überprüfen. Die Entscheidung unterliegt jedoch einer schon verfassungsrechtlich (Art. 12 Abs. 1 GG) gebotenen Missbrauchskontrolle. Der Arbeitgeber, der durch die Bildung einer unselbständigen Organgesellschaft seinen Betrieb in mehrere Teile aufspaltet mit dem Ziel, den betroffenen Arbeitnehmern den Kündigungsschutz zu nehmen und den nach wie vor bestehenden Beschäftigungsbedarf mit von der Organgesellschaft neu einzustellenden Arbeitnehmern zu decken, handelt rechtsmissbräuchlich.

*BAG, Urteil vom 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 69/02*

### **Keine Gleichstellungsabrede ohne Tarifgebundenheit des Arbeitgebers - Betriebsübergang**

Ist infolge der Vereinbarung im Arbeitsvertrag mit einem Rechtsvorgänger ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis (dynamisch) anzuwenden, ohne dass Tarifbindung bestand, so handelt es sich nicht um eine Gleichstellungsabrede. Die vertragliche Bezugnahme gilt beim Übernehmer, selbst wenn dort aufgrund Allgemeinver-

bindlichkeit ein anderer Tarifvertrag anzuwenden ist. Hier kann sich der Arbeitnehmer auf das Günstigkeitsprinzip berufen.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. September 2002 - 4 AZR 294/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 68/02*

### **Fortbestand von Gesamtbetriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang**

Im Falle des Betriebsübergangs behalten Gesamtbetriebsvereinbarungen, die in den Betrieben eines abgebenden Unternehmens gelten, ihren Status als Rechtsnormen auch beim Übergang eines oder mehrerer Betriebe auf ein anderes Unternehmen.

Wird nur ein Betrieb übernommen, bleiben die bis dahin für ihn geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen als Einzelbetriebsvereinbarungen bestehen.

Werden alle oder mehrere Betriebe übernommen, bleiben dort die Gesamtbetriebsvereinbarungen als solche bestehen. Dies gilt auch, wenn mehrere Betriebsteile übernommen und vom Erwerber als selbständige Betriebe fortgeführt werden. Für die Änderung oder Kündigung der fortgeltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen ist der beim Erwerberunternehmen gebildete Gesamtbetriebsrat zuständig.

*BAG Beschluss vom 18. September 2002 - 1 ABR 54/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 67/02*

### **Wahlrecht des Arbeitgebers bzgl. Ausgleichsleistungen bei Nachtarbeit**

Nach § 6 Abs. 5 ArbZG hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer dann, wenn keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren.

Dem Arbeitgeber ist danach das Recht eingeräumt, zwischen den im Gesetz alternativ genannten Leistungen zu wählen. Bei der Frage, wann ein Nachtzuschlag "angemessen" ist, ist u. a. die allgemeine Anschauung im Berufsleben zu berücksichtigen.

Auf die Höhe des in einem einschlägigen, auf das Arbeitsverhältnis aber nicht anwendbaren Tarifvertrag vorgesehenen Nachtzuschlags ist nicht ohne weiteres zurückgreifen. Sie dient lediglich als Orientierungshilfe. Das BAG hat hier einen Zuschlag von 30 % als angemessen (einschlägiger Tarifvertrag: 50 %) angesehen. *BAG, Urteil vom 5. September 2002 - 9 AZR 202/01 - zit. nach Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 65/02*

# Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderung

## Arbeitsgericht München erlässt Einstweilige Verfügung gegen die Durchführung der Betriebsänderung vor Abschluss der Beratungen über den Interessenausgleich

Das Arbeitsgericht München hat am 06.12.02 im Wege einer vom Betriebsrat beantragten Einstweiligen Verfügung dem Arbeitgeber verboten, die von ihm im Rahmen einer Betriebsänderung geplanten betriebsbedingten Beendigungskündigungen auszusprechen, bevor die Verhandlungen über die Aufstellung eines Interessenausgleichs abgeschlossen sind und für den Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 € angedroht. (Arbeitsgericht München 27 BVGa 68/02) Das Gericht hat das Verbot, diese Kündigungen auszusprechen, auf einen Zeitraum von längstens zwei Monaten nach Eingang des Antrags beschränkt.

Der Arbeitgeber, der bundesweit ca. 300 Arbeitnehmer beschäftigt, plante eine erhebliche Anzahl betriebsbedingte Beendigungskündigungen und überbetriebliche Versetzungen auszusprechen. Er hörte den Betriebsrat am 18.11.02 zum Ausspruch von zunächst 18 Kündigungen an. Über einen Interessenausgleich hatten die Betriebspartner zu diesem Zeitpunkt noch nicht gesprochen. Der Betriebsrat forderte den Arbeitgeber auf, die Kündigungen bis zum Abschluss der Beratungen über den Interessenausgleich nicht auszusprechen. Der Arbeitgeber ging darauf nicht ein, worauf der Betriebsrat am 21.11.02 beim Arbeitsgericht München beantragte, dem Arbeitgeber im Wege der Einstweiligen Verfügung aufzugeben, die Kündigungen bis zum Abschluss der Beratungen über den Interessenausgleich nicht auszusprechen.

Dennoch sprach der Arbeitgeber diese Kündigungen aus, erklärte aber im Anhörungstermin vor der 27. Kammer des Arbeitsgerichts München am 06.12.02, er beabsichtige, im Rahmen dieser Maßnahme weitere Kündigungen auszusprechen. Daraufhin erließ das Gericht eine Einstweilige Verfügung, die es nunmehr dem Arbeitgeber verboten hat, die noch beabsichtigten Kündigungen vor Abschluss der Beratungen über den Interessenausgleich, längstens jedoch bis zum 22.01.2003 auszusprechen. Der 22.01.2003 liegt genau 2 Monate nach dem Eingang des Antrags auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung beim Gericht.

Damit hat sich das Arbeitsgericht München erstmals den Stimmen in Rechtsprechung und Literatur angeschlossen, die

den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen die Durchführung der Betriebsänderung bis zum Abschluss der Beratungen über den Interessenausgleich bejahen.

Die Entscheidung ist inzwischen begründet und rechtskräftig. Obgleich natürlich noch nicht von einer „gesicherten“ Rechtsprechung gesprochen werden kann, erscheint die Entscheidung als ein erster, mutiger Schritt in die richtige Richtung. Hier die wesentlichen Entscheidungsgründe:

„Ob ein Unterlassungsanspruch gegen die Durchführung einer Betriebsänderung besteht, gehört zu den umstrittenen Rechtsfragen innerhalb des Betriebsverfassungsrechts. Zum aktuellen Meinungsstand kann auf die Nachweise bei Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 10. Aufl., § 244 Rn. 29, und auf den *Erfurter Kommentar*, 3. Aufl., § 112, 112a BetrVG, Rn. 8 verwiesen werden. Auch die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte ist unterschiedlich. So hat das *Landesarbeitsgericht Berlin* vom 7.9.1995 (LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 13) den Unterlassungsanspruch bejaht. Dagegen verneint das *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* vom 19.11.1996 (LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 14) einen Unterlassungsanspruch. Die Kammer hat sich der Entscheidung des *Thüringer Landesarbeitsgerichts* vom 26. September 2000 (1 TaBV 14/92, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 17) angeschlossen. Nach der Entscheidung des *Bundesarbeitsgerichts* vom 3.5.1994 (NZA 95, 40) können Unterlassungsansprüche des Betriebsrats als selbständige, einklagbare Nebenansprüche auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung bestehen. Seine materiell-rechtliche Grundlage hat dieser Anspruch im Mitwirkungsstatbestand, dem betriebsverfassungsrechtlichen Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG und im gesetzlichen Betriebsverhältnis als Dauerrechtsbeziehung. Von daher ist es unerheblich, dass ein Unterlassungsanspruch bei Verletzung des Verhandlungsanspruchs des Betriebsrats gem. § 112 Abs. 2 und 3 BetrVG nicht ausdrücklich geregelt ist.

Soweit die Beteiligte zu 2) auf ihre Grundrechte gem. Art. 12, 14 GG hinweist, ist zu sehen, dass diese Grundrechte nicht unbeschränkt gelten. Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts werden durch Gesetz bestimmt. Eines dieser Gesetze, das die

Einschränkungen regelt, ist das Betriebsverfassungsgesetz

Das Gleiche gilt für den Umstand, dass die Beteiligte zu 2) in der Sitzung vom 6.12.2002 darauf hingewiesen hat, dass der Gesetzgeber bei der letzten Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes einen entsprechenden Unterlassungsanspruch nicht normiert hat. Dem Gesetzgeber war bei der Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes der arbeitsgerichtliche Streit über den Unterlassungsanspruch bekannt. Er hat es unterlassen, eine entsprechende gesetzliche Regelung für oder wider den Unterlassungsanspruch in das Gesetz aufzunehmen. Somit kann aus der gesetzlichen Neuregelung nichts gewonnen werden.

Der Unterlassungsanspruch ist auch nicht durch § 113 Abs. 3 BetrVG ausgeschlossen. Der in dieser Vorschrift geregelte Nachteilsausgleich ist eine Sanktion individualrechtlicher Art. Ein kollektivrechtlicher Nebenanspruch kann aber nicht von einer individualrechtlichen Sanktion abhängig gemacht werden. Unzutreffend ist schließlich auch die Auffassung, der Anspruch auf Unterlassung der Betriebsänderung gehe über den Verhandlungsanspruch des Betriebsrats hinaus und führe bei einer Anordnung im Wege einer einstweiligen Verfügung zu einer Überbefriedigung. Der Unterlassungsanspruch, der dem Betriebsrat bei einer Verletzung seines Verhandlungsanspruchs aus § 112 Abs. 2 und 3 BetrVG zusteht, hat sich an der Reichweite seines Mitbestimmungsrechts zu orientieren. Der Betriebsrat hat daher nur solange einen Anspruch auf Unterlassung der Betriebsänderung, solange die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber und die Schlichtungsverfahren nicht zum Abschluss gekommen sind. Der Zeitraum für die Abwicklung des Beratungs- und Verhandlungsanspruchs ist im Tenor aufzunehmen, er wird regelmäßig 2 Monate nicht überschreiten (vgl. Koch in Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, § 244 Rn. 29).

Die zu kündigenden Arbeitnehmer sind namentlich bekannt. Dies hat der Arbeitgeber auch bestätigt.

Ein Verfügungsgrund besteht, da die in Aussicht genommenen Betriebsänderungen unstrittig sind. Die Beteiligten sind in Verhandlungen über einen Interessenausgleich eingetreten. In der Vergangenheit hat die Beteiligte zu 2) bereits Kündigungen ausgesprochen, da in der Vergangenheit bereits 17 Kündigungen ausgesprochen sind und weitere 2 Kündigungen in konkreter Aussicht stehen.

Der Volltext der Entscheidung steht auf unserer Homepage:

[www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de)

### Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller – kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: 089 – 23 000 50 fax: 089 – 23 000 511 mail: [kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de](mailto:kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de)

Redaktion:

RAe Krikor R. Seebacher, Michael Fleischmann (v.i..S.d.P.), Andreas Müller, Hülya Örddek, Barbara Renkl, Stefanie Kempf