

insgesamt sechs Arbeitnehmer (zwei erst seit 2005) arbeiteten. Neben ihm gab es dort noch zwei weitere Hausmeister, von denen einer erst 2003 eingestellt worden war.

Im Jahr 2006 kündigte die Beklagte dem Kläger aus „betrieblichen“ Gründen. Er klagte und beauftragt sich auf einen Verstoß gegen das KSchG. Dieses finde Anwendung, da die Hamburger Betriebsstätte bei verfassungskonformer Auslegung des Betriebsbegriffs kein Kleinbetrieb sei. Für die Beschäftigungszahlen sei auf das Unternehmen im Ganzen abzustellen. Aber selbst bei Unanwendbarkeit des KSchG sei die Kündigung unwirksam. Da die Beklagte einen Arbeitnehmer weiterbeschäftigte, den sie erst 2003 eingestellt hatte, sei nicht einmal das Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme gewahrt.

Die Beklagte hält die Kündigung für wirksam. Die Betriebsstätte in Hamburg habe einen eigenen Betriebsleiter und sei daher organisatorisch verselbstständigt. Ein Zusammenrechnen aller Mitarbeiter im Unternehmen sei nicht geboten. Zudem verstoße die Auswahl des Klägers nicht gegen Treu und Glauben. Die Beklagte habe die bestehende Altersstruktur aufrechterhalten wollen und zudem sei der Kläger weniger leistungsfähig und -bereit.

Das Arbeitgericht gab der Klage statt. Das LAG wies die Berufung der Beklagten zurück.

Entscheidung

Das BAG hielt die Revision der Beklagten für begründet und verwies die Sache zur weiteren Tatsachenaufklärung zurück an das LAG. Es machte aber Folgendes deutlich: § 23 KSchG stellt auf den „Betrieb“ ab. Die Arbeitnehmer der beiden Betriebsstätten der Beklagten sind nur dann zusammenzuzählen, wenn diese einen einheitlichen Betrieb i. S. d. KSchG bilden. Ein Betrieb ist nach dem BAG eine „organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Mitarbeitern mit sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“. Relevant ist insbesondere, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und die institutionalisierte Leitung in personellen Angelegenheiten liegt. Handelt es sich um weitgehend selbstständig organisierte Betriebsstätten, ist eine einheitliche Behandlung abzulehnen.

Eine Ausweitung des Betriebsbegriffs in § 23 KSchG auf das Unternehmen ist in anderen Fällen grundsätzlich nicht geboten – was auch das Bundesverfassungsgericht bereits bestätigt hat (Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87): Die

Kleinbetriebsklausel ist gerechtfertigt, da es bei kleiner Arbeitnehmerzahl zu einer engeren persönlichen Zusammenarbeit kommt und der Geschäftserfolg mehr von jedem einzelnen Mitarbeiter abhängt. Weitere charakteristische Merkmale sind die geringere Finanzausstattung und die begrenzte Verwaltungskapazität. Im Einzelfall können über eine verfassungskonforme Auslegung des § 23 KSchG jedoch auch Kleinbetriebe in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, wenn die obigen Merkmale in wesentlichen Punkten nicht zutreffen und sie damit nicht schutzwürdig sind. Das bleibt aber die Ausnahme. Eine Durchbrechung und Zusammenrechnung einzelner Betriebe kommt nur in Betracht, wenn aufgrund der konkreten Organisation des Unternehmens die gesetzgeberische Intention zur Kleinbetriebsklausel ins Leere laufen würde. Ob im konkreten Fall ein einheitlicher Betrieb vorliegt und damit das KSchG anwendbar ist, hat das LAG noch aufzuklären.

Ebenfalls offen ließ das BAG, ob die Kündigung auch außerhalb der Anwendbarkeit des KSchG unwirksam wäre. Arbeitgeber in Kleinbetrieben haben bei Kündigungen die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beachten. Arbeitnehmer sollen damit vor willkürlichen Kündigungen oder solchen, die auf sachfremden Motiven beruhen, geschützt werden. Hat der Arbeitgeber aber betriebliche, persönliche oder sonstige Gründe, warum er sich für einen eigentlich schutzwürdigeren Mitarbeiter entscheidet, kann dies den Anforderungen des § 242 BGB genügen. Auch dies muss das LAG noch weiter aufklären.

Konsequenzen

Die Entscheidung setzt konsequent die bisherige Rechtsprechung fort. Das BAG hält daran fest, dass es die äußerste Ausnahme bleibt, dass das KSchG auch in einem Kleinbetrieb zur Anwendung kommt. Dies soll nur der Fall sein, wenn der Betrieb aufgrund einer Gesamtbetrachtung seiner organisatorischen Strukturen nicht schutzwürdig erscheint. Über die Kleinbetriebsklausel fallen also weiterhin grundsätzlich solche Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des KSchG heraus, bei denen nicht mehr als zehn Mitarbeiter bzw. nicht mehr als fünf Arbeitnehmer, die bereits vor dem 31.12.2003 beschäftigt waren, tätig sind.

Damit sind Kleinbetriebe nach wie vor freier in ihrer Entscheidung, einen Beschäftigten zu entlassen. Sie müssen aber ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme beachten: So ist bspw. im Bereich von betriebsbedingten Gründen zwar keine Sozialauswahl im engeren Sinne durchzuführen, es wird aber dennoch nicht

möglich sein, einen gleich qualifizierten altgedienten Mitarbeiter zu entlassen, während man einen, der gerade erst eingestellt wurde, behält.

Praxistipp

Es bleibt dabei, dass für die Anwendbarkeit des KSchG weiterhin der „Betrieb“ den Anknüpfungspunkt bildet. Unternehmen sollten aber, wenn Sie verschiedene Betriebe unterhalten, die Auslegung des BAG im Blick haben. Insbesondere über die Gestaltung der personellen und organisatorischen Leitung der einzelnen Betriebe und eine daraus resultierende Selbstständigkeit können sie steuern, ob ein einheitlicher Betrieb i. S. d. KSchG vorliegt oder separate Betriebe. Das wirkt sich sowohl im Hinblick auf die Anwendbarkeit des KSchG als auch auf die durchzuführende Sozialauswahl aus. Eine saubere Trennung ist daher empfehlenswert. Für große, finanziell gut ausgestattete Unternehmen bietet die Aufspaltung in diverse kleine Betriebe vor diesem Hintergrund daher keine geeignete Möglichkeit, um sich dem Anwendungsbereich des KSchG zu entziehen: Die verfassungskonforme Auslegung des § 23 KSchG führt dazu, dass das erhöhte Maß an Freiheit außerhalb des KSchG nur solche Betriebe erhalten, die den besonderen Schutz auch tatsächlich benötigen. Die vorliegende Entscheidung des BAG erschwert es, die gesetzlichen Vorgaben zu umgehen.

RAin und FAin für Arbeitsrecht Astrid Krüger,
Schulte Riesenkampff
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Frankfurt am Main

Zustimmung der Gewerkschaft zu betrieblichem Bündnis

Art. 9 GG; § 1 TVG; §§ 133, 157 BGB

1. Eine Regelung in einem Flächentarifvertrag, wonach die Tarifvertragsparteien bei begründeter Notwendigkeit abweichenden betrieblichen Regelungen zu bestimmten, im Tarifvertrag aufgeführten Zwecken in einer Betriebsvereinbarung zustimmen „sollen“, gewährt einer Tarifvertragspartei gegen die andere einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zustimmung, wenn die Voraussetzungen vorliegen und die andere Partei nicht geltend machen kann, es liege ein besonderer Ausnahmesachverhalt vor.

2. Der Verpflichtung zur Zustimmung steht die tarifautonome Entscheidungsbefugnis der einzelnen Koalition aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht entgegen. Sie ist vielmehr Ergebnis der tarifautonom vereinbarten Öffnungsklausel mit – begrenzter – Zustimmungspflicht, zu deren Einhaltung sich die Tarifvertragspartei mit dem Abschluss des Tarifvertrags verpflichtet hat.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 20. Oktober 2010 – 4 AZR 105/09

Problempunkt

Die Gewerkschaft BCE hatte mit dem Arbeitgeberverband verschiedene Tarifverträge geschlossen, darunter einen zur Jahresabschlussvergütung i. H. v. einem Bruttomonatsgehalt. Darüber hinaus hatten die Parteien im Rahmentarifvertrag eine Öffnungsklausel vereinbart, die vom Tarifvertrag abweichende betriebliche Regelungen (betriebliche Bündnisse) innerhalb detailliert beschriebener Grenzen und Ziele (u. a. zur Beschäftigungssicherung) ermöglichen sollte. Bei Vorliegen der Voraussetzungen sah die Öffnungsklausel vor, dass die Tarifvertragsparteien der abweichenden Betriebsvereinbarung zustimmen „sollen“. In einem wirtschaftlich gefährdeten Bauunternehmen waren mit Zustimmung beider Tarifvertragsparteien in den Jahren 2001 bis 2005 solche Betriebsvereinbarungen getroffen worden. Der Neuauflage der Betriebsvereinbarung, die eine Kürzung der Jahresabschlussvergütung vorsah, wollte die Gewerkschaft nicht zustimmen. Das LAG wies die Klage des Bauunternehmens selbst gegen die Gewerkschaft rechtskräftig zurück. Der Klage des Arbeitgeberverbands auf Abgabe der Zustimmungserklärung zur Betriebsvereinbarung gab es dagegen statt.

Entscheidung

Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Es hielt zunächst fest, dass umstritten sein könnte, ob die Öffnungsklausel im Rahmentarifvertrag zum normativen oder zum schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags gehört. Die Regelung zur Zustimmungserteilung der Tarifvertragsparteien selbst gehört jedoch zweifelsohne zum schuldrechtlichen Teil und bindet daher die beiden Tarifvertragsparteien. Sie ist gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Die Öffnungsklausel listet dezidiert die Voraussetzungen und zulässigen Zwecke einer abweichenden betrieblichen Regelung auf. Zusammen mit dem Wort „sollen“ im Hinblick auf die Zustimmungserteilung führt dies zu einem Rechtsanspruch der Tarifvertragsparteien auf Zustimmungserteilung, sofern die Voraussetzungen vorliegen. Dies war hier der Fall und der Arbeit-

geberverband konnte die Zustimmung der Gewerkschaft, also die Abgabe einer Willenserklärung, gem. § 894 ZPO einklagen.

Dem Rechtsanspruch steht die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft nicht entgegen. Die vereinbarte Öffnungsklausel ist vielmehr genau Ausdruck dieser Koalitionsfreiheit. Übt die Gewerkschaft sie aus, kann sie sich nicht beliebig wieder von den schuldrechtlichen Verpflichtungen, die sie in den Tarifverträgen eingegangen ist, lösen. Vielmehr ist sie an die von ihr getroffene Vereinbarung gebunden.

Konsequenzen

Seit Jahrzehnten gelingt es Gewerkschaften, das Niveau der Tarifabschlüsse u. a. mit der Begründung kontinuierlich anzuheben, dass für Unternehmen, die dies wirtschaftlich nicht leisten können, umfangreiche Öffnungsklauseln vorgesehen seien. Will dann aber ein Unternehmen von einer Öffnungsklausel Gebrauch machen, stellen sich Gewerkschaften oft quer und verweigern ihre Zustimmung zur betrieblichen Umsetzung der Öffnungsklauseln. Die Entscheidung des BAG hält der Beliebigkeitsargumentation der Gewerkschaften, ihnen stünden umfangreiche Ermessensspielräume zu, den Grundsatz „pacta sunt servanda“ entgegen. Es gibt den Arbeitgeberverbänden die Möglichkeit, die Zustimmung der Gewerkschaft zu einem betrieblichen Bündnis einzuklagen. Dies ist ohne Einschränkung zu begrüßen. Bedauerlich ist, dass das betroffene Unternehmen keinen eigenständigen Rechtsanspruch hat. Das Bauunternehmen unterlag in den ersten beiden Instanzen. Angesichts der mit der Öffnungsklausel verfolgten Ziele (Beschäftigungssicherung, Sicherung des Fortbestands des Unternehmens) sollte man die Frage diskutieren, ob die schuldrechtliche Öffnungsklausel keine Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet, so dass die Dritten sie auch einklagen können.

Praxistipp

Arbeitgeberverbände werden in Zukunft verstärkt auf die Formulierung der Öffnungsklauseln achten müssen. Es ist zu erwarten, dass Gewerkschaften nach der BAG-Entscheidung Öffnungsklauseln so formulieren möchten, dass ihre Zustimmung nicht einklagbar ist. Hier wäre Härte der Arbeitgeberverbände in den Verhandlungen wünschenswert. Für Unternehmen gilt, dass sie die Tarifverträge sorgfältig auf Öffnungsklauseln und deren Formulierungen durchgehen und notfalls ihren Arbeitgeberverband zwingen müssen, gegen die Gewerkschaft zu klagen.

RA und FA für Arbeitsrecht Bernd Weller,
Partner bei Heuking Kühn Lüer Woitek,
Frankfurt am Main

Erstattung von Kinderbetreuungskosten eines BR-Mitglieds

§§ 40 Abs. 1, 51 Abs. 1, 78 Satz 2 BetrVG; Art. 6 Abs. 2 GG

Der Arbeitgeber hat einem Betriebsratsmitglied in angemessener Höhe diejenigen Kinderbetreuungskosten zu erstatten, die diesem während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsrats-tätigkeit durch eine erforderliche Fremdbetreuung mindestens eines minderjährigen Kindes entstanden sind.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

BAG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 7 ABR 103/08

Problempunkt

Die Beteiligten stritten darüber, ob die Arbeitgeberin einer Arbeitnehmerin Betreuungskosten erstatten muss, die dieser während einer auswärtigen Betriebsrats-tätigkeit durch die Fremdbetreuung ihrer zwei minderjährigen Kinder (seinerzeit elf und zwölf Jahre alt) entstanden sind.

Die Mitarbeiterin ist als Lagerarbeiterin beschäftigt und zuletzt in Teilzeit mit 87 Stunden im Monat tätig gewesen. Im Jahr 2005 war sie Betriebsratsvorsitzende am Standort G sowie Mitglied des Gesamtbetriebsrats in H. Der Standort H ist über 500 km vom Wohnort der Arbeitnehmerin entfernt. Im Sommer 2005 nahm sie in ihrer Funktion als Betriebsrätin an insgesamt zehn Tagen an Versammlungen in H teil. Während dieser Zeit ließ sie ihre beiden minderjährigen Kinder von einer Tagesmutter zu einer Tagespauschale von 30 Euro je Kind, d. h. insgesamt für 600 Euro, fremd betreuen. Im Haushalt der Arbeitnehmerin wohnte noch eine volljährige berufstätige Tochter, die jedoch nicht bereit war, ihre Geschwister bei Abwesenheit der Mutter zu beaufsichtigen. Die Arbeitgeberin lehnte es ab, die Kinderbetreuungskosten zu übernehmen.

Entscheidung

Das BAG gab der Klage der Mitarbeiterin statt. Die Arbeitgeberin ist gem. § 40 Abs. 1 BetrVG verpflichtet, der Arbeitnehmerin Kinderbetreuungskosten in der geltend gemachten Höhe von 600 Euro zu ersetzen. Es handelt sich hierbei um Aufwendungen, die der Mitarbeiterin gerade dadurch entstanden sind, dass sie ihre betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten erfüllt hat. Wäre sie wie gewohnt am Standort G arbeiten gegangen, hätte sie keine Kinderbetreuungskosten tragen müssen.