Anschließend prüfte das BAG, ob die sachgrundlosen Befristungen gem. § 19 Abs. 2 MTV Kabine nach § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. wirksam waren. Hierzu war unter Berücksichtigung der Vorabentscheidung des EuGH eine europarechtskonforme Auslegung geboten. Danach ist eine sachgrundlose Befristung auch unzulässig, wenn eine Kette sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag zurückführt. Dies entsprach gerade dem Regelungsmodell des § 19 Abs. 2 MTV Kabine. Das BAG erklärte daher die sachgrundlose Befristung für nichtig.

Konsequenzen

Arbeitgeber müssen beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge stets die umfassende gerichtliche Befristungskontrolle vor Augen haben. Bemerkenswert sind hier die Ausführungen zum Sachgrund eines möglichen Sicherheitsrisikos durch ausgefallenes Kabinenpersonal. Das Gericht ging dabei nicht auf die Frage ein, ob das Ausfallrisiko bei älteren Arbeitnehmern tatsächlich steigt. Es stellte vielmehr konkrete Erwägungen zu den tatsächlichen Folgen an, wenn ein Flugbegleiter ausfällt. Arbeitgeber müssen also für die Geltendmachung sachlicher Gründe einen hohen Begründungsaufwand betreiben, wenn sie über die Beispiele des § 14 Abs. 1 TzBfG hinaus weitere Anwendungsfälle konstruieren wollen.
Die Entscheidung ist allerdings noch eine Folgewirkung der alten Rechtslage. Nach der neuen Fassung des § 14 Abs. 2 TzBfG sind sachgrundlos befristete Arbeitsverträge nur wirksam, wenn nicht zuvor ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestand. Das BAG leitet aus der Formulierung „zuvor" eine Drei-Jahres-Frist ab. Daher besteht insoweit Rechtssicherheit (BAG, Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AuA 2/12, S. 119).

Praxistipp

Befristete Arbeitsverträge sind aufgrund der strengen Befristungskontrolle besonders sorgsam zu formulieren. Das gilt insbesondere, wenn ein Sachgrund die Befristung rechtfertigen soll. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber diesen im Streitfall plausibel darlegen und beweisen können. Bei sachgrundlosen Befristungen ist auf die Ausschlussgründe des § 14 Abs. 2 TzBfG zu achten. Die gerichtlich festgesetzte Drei-Jahres-Frist ist unbedingt zu einzuhalten.

RA Prof. Dr. Tim Jesgarzewski,
FOM Hochschule Bremen

Kündigungsschutz für Ersatzmitglieder

§ 15 KSchG; §§ 25, 27, 103 BetrVG

1. Bekommt ein ordentliches Betriebsratsmitglied Urlaub bewilligt, ruhen seine Amtspflichten. Sie werden während seines Urlaubs nicht objektiv unmöglich, aber grundsätzlich unzumutbar. Das Mitglied gilt daher so lange als zeitweilig verhindert nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, wie es nicht seine Bereitschaft, während des Urlaubs sein Amt auszuüben, positiv anzeigt.

2. Ersatzmitglieder vertreten ordentliche Mitglieder des Betriebsrats nicht nur in einzelnen Amtsgeschäften. Sie rücken gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Dauer der Verhinderung in den Betriebsrat nach. Dies geschieht automatisch mit Beginn des Verhinderungsfalls, und zwar unabhängig davon, ob dies dem Ersatzmitglied bekannt ist.

3. Für die Dauer der Vertretung steht dem Ersatzmitglied der volle Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu. Dieser ist weder abhängig von tatsächlicher Betriebsratstätigkeit noch beschränkt auf deren Dauer.

4. Den Gefahren eines Rechtsmissbrauchs begegnet § 242 BGB. Danach kann sich das Ersatzmitglied auf den besonderen Kündigungsschutz im Einzelfall nicht berufen, wenn es den Verhinderungsfall im kollusiven Zusammenwirken mit einem ordentlichen Betriebsratsmitglied herbeigeführt hat, um sich den besonderen Kündigungsschutz zu beschaffen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 8. September 2011 – 2 AZR 388/10

Problempunkt

Der Arbeitgeber hegte den Verdacht, dass ein Außendienstmitarbeiter während der Arbeitszeit Privatangelegenheiten getätigt und zu Unrecht Reisekosten abgesetzt hatte. Er wollte ihm daher außerordentlich und fristlos kündigen. Der Mitarbeiter war Ersatzmitglied des Betriebsrates. Die Anhörung nach § 102 BetrVG wies der Betriebsrat unter Hinweis auf einen nachwirkenden Sonderkündigungsschutz wegen eines Vertretungsfalls in der Vergangenheit zurück: Für den Tag, an dem die Kündigung dem Mitarbeiter zuging, hatte der Arbeitgeber einem ordentlichen Betriebsratsmitglied Urlaub erteilt. Es nahm gleichwohl an einem Beratungsgespräch des Gremiums mit einem Anwalt zur beabsichtigten Kündigung des Klägers teil.
Die Vorinstanzen gaben der Kündigungsschutzklage des Ersatzmitglieds Recht.

Entscheidung

Das BAG schloss sich der Auffassung an. Am Tag der Zustellung der Kündigung an das Ersatzmitglied weilte ein ordentliches Betriebsratsmitglied in Urlaub. Folglich rückte an diesem Tag – zu Beginn des Arbeitstages und damit zwei Stunden vor Erhalt der Kündigung(!) – das Ersatzmitglied in den Betriebsrat nach. Damit genoss es zu diesem Zeitpunkt den vollen Sonderkündigungsschutz aus § 15 KSchG. Wäre das Kündigungsschreiben dagegen einen Tag früher eingetroffen, hätte die Klage wahrscheinlich keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Das BAG ging davon aus, dass mit Urlaubsbeginn eine Verhinderung i. S. v. § 25 BetrVG eintritt und sofort – also auch ohne echte Betriebsratstätigkeit – ein Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachrückt. Dies führt dann zwangsläufig zum Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG.

Dass das ordentliche Betriebsratsmitglied in seinem Urlaub dann doch Betriebsratstätigkeit ausübte, steht nach Auffassung des BAG nicht entgegen. Dazu hätte es vielmehr am Vortag mitteilen müssen, es werde auch während des Urlaubs Betriebsratstätigkeiten wahrnehmen. Noch im Jahr 2004 hatte das BAG – zum nachwirkenden Kündigungsschutz – ausgeführt, dass es hierzu einer echten Betriebsratstätigkeit bedarf. Das Gericht bestätigte diese Auffassung in der aktuellen Entscheidung. Es differenzierte zugleich aber zwischen dem Sonderkündigungsschutz als nachgerücktes Ersatzmitglied während der Vertretung und dem nachwirkenden Kündigungsschutz. Der Sonderkündigungsschutz dient dazu, das Betriebsratsgremium kollektiv abzusichern. Er ist daher unabhängig von echter Betriebsratstätigkeit. Der nachwirkende Kündigungsschutz soll dagegen, nachdem ein Ersatzmitglied tätig geworden ist, eine „Abkühlungsphase" schaffen. Derer bedarf es jedoch nicht, wenn es zu keiner Betriebsratstätigkeit kam.

Konsequenzen

Arbeitgeber werden künftig ein noch stärkeres Augenmerk darauf richten müssen, wann ein Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachrückt. Vereinfacht wird die Angelegenheit dadurch, dass grundsätzlich bei jeder urlaubsbedingten Abwesenheit des ordentlichen Betriebsratsmitglieds von einem Nachrücken auszugehen ist – es sei denn, das ordentliche Betriebsratsmitglied hat vorab etwas Anderes mitgeteilt.

Für den nachwirkenden Kündigungsschutz verbleibt dem Arbeitgeber die Unsicherheit, ob das Ersatzmitglied tatsächlich eine Betriebsratstätigkeit durchgeführt hat.

Praxistipp

Der Tipp, an Tagen, an denen Kündigungen an Ersatzmitglieder zugestellt werden sollen, keinen Urlaub für Betriebsräte zu genehmigen, liegt nahe. Daneben sollten Arbeitgeber aus dieser Entscheidung vor allem eines mitnehmen: Sie haben das Recht und die Pflicht, sich über die internen Abläufe des Betriebsrates zu informieren. Das Gremium hat mitzuteilen, wann ein Vertretungsfall eintritt und welches Ersatzmitglied nachrückt. Ferner muss es Auskunft geben, wenn und wann ein Ersatzmitglied während eines solchen Nachrückvorgangs tatsächliche Betriebsratstätigkeiten erbringt. Der Arbeitgeber ist berechtigt, all diese Informationen dauerhaft zu erfassen und zu speichern.

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

Innerbetriebliche Stellenausschreibung ohne Befristungshinweis

§§ 93, 99 Abs. 2 Nr. BetrVG

1. Eine innerbetriebliche Stellenausschreibung muss nicht auf die Befristung hinweisen. Ihr Zweck ist es, einen betriebsinternen Arbeitsmarkt zu eröffnen. Dazu ist die Angabe „un-/befristet" nicht notwendig.

2. Die Entscheidung, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt wird, ist dem Arbeitgeber überlassen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nicht.

(Leitsätze des Bearbeiters)

LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 6. März 2012 – 2 TaBV 37/11 (rk.)

Problempunkt

Die Arbeitgeberin unterhält eine Forschungseinrichtung sowie eine medizinische Klinik. Als eine Mitarbeiterin in Rente ging, schaltete sie in einer Tageszeitung eine Anzeige für ein/e Gesundheits- und Krankenpfleger/in. Gleichzeitig schrieb sie die Stelle durch Aushang innerbetrieblich aus. Am Ende entschied sie sich für eine externe Bewerberin und unterrichtete den Betriebsrat, § 99 BetrVG. Sie teilte ihm mit, sie beabsichtige, die Arbeitnehmerin befristet für ein Jahr einzustellen. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung. Er führte aus, der Hinweis auf die Eigenschaft einer Stelle als befristet oder unbefristet sei wesentlich und daher in der internen Stellenausschreibung anzugeben. Da das Unternehmen dies nicht getan hatte, müsse es neu ausschreiben. Die Arbeitgeberin leitete ein Zustimmungsersetzungsverfahren ein, das vor dem Arbeitsgericht keinen Erfolg hatte.

Entscheidung

Das LAG ersetzte dagegen die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur befristeten Einstellung nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Die Arbeitnehmervertretung kann die Zustimmung zur Einstellung eines Mitarbeiters nach §§ 99 Abs. 2 Nr. 5, 93 BetrVG verweigern, wenn eine erforderliche Ausschreibung unterblieben oder unzureichend ist (BAG, Beschl. v. 6.10.2010 – 7 ABR 18/09, NZA 2011, S. 360). Dies lag hier aber nicht vor. Die Angabe, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden soll, ist nicht notwendiger Bestandteil einer internen Ausschreibung.

Die Bekanntgabe, eine Stelle zu vergeben, ist nicht bereits ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags. Sie stellt lediglich eine Aufforderung dar, sich bei Interesse zu bewerben. Zweck der innerbetrieblichen Ausschreibung ist es, der Belegschaft anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bekannt zu geben. Dem liegt der Gedanke eines innerbetrieblichen Arbeitsmarktes zugrunde: Einerseits sollen die bereits vorhandenen personellen Ressourcen aktiviert werden. Andererseits will man verhindern, dass sich die Belegschaft darüber ärgert, dass Außenstehende eingestellt werden, obwohl es im Betrieb qualifizierte Mitarbeiter gibt (BAG, Urt. v. 27.7.1993 – 1 ABR 7/93, NZA 1994, S. 92).

Welche Anforderungen an Inhalt, Form, Frist und Bekanntmachung einer internen Ausschreibung zu stellen sind, ist im BetrVG nicht ausdrücklich festgehalten. Die Ausgestaltung ist Sache des Arbeitgebers. Er bestimmt insbesondere, welche Aufgabenbereiche, Befugnisse usw. der Stelle zugeordnet sind und welche Anforderungen der Bewerber erfüllen muss (LAG Hessen, Urt. v. 13.7.1999 – 4 TaBV 192/97, NZA-RR 1999, S. 641).
Hingegen zählt die Angabe, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden soll, nicht zu den zwingend erforderlichen Daten. Die Entscheidung ist allein dem Arbeitgeber überlassen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nicht. Daher kann dieser einer beabsichtigten Befristung auch nicht widersprechen (LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 26.3.1991 – 2 TaBV 13/90). Der Zweck der innerbetrieblichen Ausschreibung – Eröffnung des internen Arbeitsmarktes – wird bereits mit der Bekanntgabe erfüllt: Jeder Interessent hat die Möglichkeit, sich entweder sofort zu bewerben oder zunächst bei der als zuständig angeführten Stelle nach Einzelheiten zu erkundigen.

Konsequenzen

Die konkrete Ausgestaltung der Anforderungen an Inhalt, Form und Frist einer innerbetrieblichen Ausschreibung sowie deren Bekanntmachung kann in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung geregelt werden, z. B. eine ausreichende zweiwöchige Ausschreibungsdauer. Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat der Betriebsrat aber nicht (BAG, Beschl. v. 6.10.2010 – 7 ABR 18/09, a. a. O.). Aus der Ausschreibung muss sich ergeben,

- um welchen Arbeitsplatz es sich handelt,
- welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss (BAG, Urt. v. 27.7.1993 – 1 ABR 7/93) und
- ob es um Vollzeit/Teilzeit geht.

Nicht notwendig sind Angaben zur

- Höhe der vorgesehenen Vergütung (BAG, Beschl. v. 10.3.2009 – 1 ABR 93/07, NZA 2009, S. 622),
- der Tarifgruppe (Richardi/Thüsing, § 93 BetrVG Rdnr. 20a) oder
- zur Befristung (vgl. BAG, Urt. v. 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, AuA 10/11, S. 614: keine Angabe Befristungsgrund gegenüber Betriebsrat).

Praxistipp

Stellenausschreibungen sind wichtige, aber auch „gefahrgeneigte" Personalarbeit: Der Arbeitgeber ist darin frei, sachgerechte Stellenanforderungen zu definieren. Er muss sich dann aber auch an seine Vorgaben halten (Selbstbindung). Er legt damit einen Grundstein für die Wertigkeit und Eingruppierung der Tätigkeit. Zudem muss er darauf achten, diskriminierungsfrei auszuschreiben, d. h. insbesondere geschlechts-, alters-, behinderungs- und herkunftsunabhängig. Unter Personalmarketing- und Employer Branding-Gesichtspunkten ist auf eine attraktive Ausgestaltung zu achten.

RA Volker Stück, Leiter Personal und Compliance Beauftragter Hochspannungstechnik, ABB AG, Hanau