

Herausgeber: **Prof. Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG a.D.**
Prof. Klaus Bepler, Vors. RiBAG a.D.

Erscheinungsdatum:
02.03.2016

Erscheinungsweise:
wöchentlich

Bezugspreis:
10,- € monatlich
zzgl. MwSt.

9/2016

Inhaltsübersicht:

Anm. 1

Umgehung des Arbeitnehmerschutzes durch Ausleihen des Geschäftsführers eines eigens gegründeten Verleihunternehmens

Anmerkung zu LArbG Kiel, Urteil vom 01.12.2015, 1 Sa 439 b/14
von Prof. Dr. Wolfgang Hamann

Anm. 2

Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats beim Austausch von Hardware

Anmerkung zu OVG Münster, Beschluss vom 01.09.2015, 20 A 1265/14.PVB
von Konstantin Esch, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Trier

Anm. 3

Schadensersatzanspruch Drittbetroffener beim Streik

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 25.08.2015, 1 AZR 754/13
von Stephan Gräf, Ass. jur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Würzburg

Anm. 4

Auswahl der Person der oder des Einigungsstellenvorsitzenden

Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.06.2015, 21 TaBV 745/15
von Martin Bertzbach, Präsident LArbG a.D.

Anm. 5

Anspruch auf Gewährung eines höheren Branchenzuschlags auf Grundlage des TV BZ Chemie

Anmerkung zu LArbG Frankfurt, Urteil vom 15.04.2015, 3 Sa 537/14
von Dr. Alexander Bissels, RA und FA für Arbeitsrecht, CMS Hasche Sigle, Köln

Anm. 6

AGB-Kontrolle eines vertraglichen Widerrufsvorbehalts hinsichtlich der privaten Pkw-Nutzung

Anmerkung zu LArbG Köln, Urteil vom 12.03.2015, 7 Sa 973/14
von Prof. Dr. Dirk Beckmann, RA, FA für Arbeitsrecht und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht / Prof. Dr. Sebastian Krause, RA und Notar

Zitiervorschlag: Hamann, jurisPR-ArbR 9/2016 Anm. 1
ISSN 1860-1553

1

Umgehung des Arbeitnehmerschutzes durch Ausleihen des Geschäftsführers eines eigens gegründeten Verleihunternehmens

Leitsätze:

1. Der Geschäftsführer einer GmbH mit einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung kann aus Rechtsgründen nicht von diesem Unternehmen an einen Entleiher verliehen werden.

2. Soll durch die Einschaltung eines Verleihunternehmens eine vom Auftraggeber (Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts) vorgegebene Einsatzhöchstzahl für freie Mitarbeiter (hier Beschränkung auf 60 Einsätze im Jahr) umgangen werden, ist die Arbeitnehmereigenschaft eines "verliehenen" Geschäftsführers nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien für die Mitarbeiter von Rundfunkanstalten vorzunehmen.

3. Ein Kameramann, der nach Vorgaben des Autors für ganz kurze - in der Regel maximal 2:30 min. lange - Nachrichtenbeiträge Filmmaterial dreht, ist kein programmgestaltender Mitarbeiter im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG.

4. Im zu entscheidenden Fall war dieser Kameramann nach den Umständen des Einzelfalls insbesondere im Hinblick auf den Umfang seines Einsatzes (mehr als Vollzeitbeschäftigte der beklagten Anstalt) als Arbeitnehmer anzusehen.

5. Die Berufung auf den Arbeitnehmerstatus kann rechtsmissbräuchlich sein (im vorliegenden Fall aufgrund der Umstände des Einzelfalls verneint).

Anmerkung zu LArbG Kiel, Urteil vom 01.12.2015, 1 Sa 439 b/14

von **Prof. Dr. Wolfgang Hamann**

A. Problemstellung

In der Praxis nicht selten sind Fälle, in denen eine arbeitsvertragliche Beziehung vermieden werden soll. Meistens ist es der Auftraggeber, der damit eine Kostensenkung und die Vermeidung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften anstrebt. Die Beteiligten deklarieren dann das wirtschaftlich gewollte Arbeitsverhältnis als Tätigkeit eines freien Mitarbeiters (BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 - NZA 2013, 903), oder man zergliedert einen dauerhaften Leistungsaustausch in eine Kette von Werkverträgen (BAG, Urt. v. 25.09.2013 - 10 AZR 282/12, m. Anm. Hamann, jurisPR-ArbR 50/2013 Anm. 1). Im vorliegenden Fall schieden beide Optionen aufgrund interner Vorgaben aus. Deshalb wurde ein eigens gegründetes Verleihunternehmen zwischengeschaltet, über das die Erbringung der Dienste im Wege des „Selbstverleihs“ abgewickelt wurde.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger war seit 1996 als freier Kameraassistent und Kameramann für verschiedene Auftraggeber, u.a. die beklagte öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt, tätig. Bei der Beklagten darf ein freier Mitarbeiter nach internen Vorgaben höchstens an 60 Tagen im Jahr zum Einsatz kommen. Im Jahr 2000 wies der damalige Rundfunkchef der Beklagten den Kläger darauf hin, dass eine umfangreichere Beschäftigung möglich sei, wenn dieser über ein Verleihunternehmen mit Überlassungserlaubnis ausgeliehen werden könnte. Im selben Jahr gründete der Kläger die T.-GmbH, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer er war. Die T.-GmbH erhielt in der Folgezeit eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und schloss ab 2001 Rahmenvereinbarungen mit der Beklagten über die Überlassung von Produktionspersonal ab. Der Kläger setzte auf dieser Grundlage seine Tätigkeit als Kameramann bei der Beklagten fort. Jedenfalls ab September 2007 war er ausschließlich für die Beklagte tätig. Daneben kamen als Arbeitnehmer der T.-GmbH im Jahr 2007 und danach bis Ende 2009 gelegentlich noch zwei Kameraassistenten der T.-GmbH zum Einsatz, danach eine andere Arbeitnehmerin als Kameraassistentin und Kamerafrau. Von September 2007 bis Dezember 2013 war der Kläger durchschnittlich an 13,9 Tagen im Monat bei der Beklagten eingesetzt, für einen Tageseinsatz wurden

unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme pauschal zehn Stunden vergütet. Die Tätigkeit des Klägers bestand ganz überwiegend in der Kameraführung für Nachrichtenfilme und Magazinbeiträge von ca. einer bis im Ausnahmefall fünf Minuten Dauer. Etwa 80 bis 90% dieser Beiträge realisierte die Beklagte über freie Mitarbeiter. Vor der Beauftragung der T.-GmbH fragte die Disposition der Beklagten am Vortag, gelegentlich auch erst am selben Tag an, ob ein Termin übernommen werden könnte. Nach Bestätigung wurde ein schriftlicher Auftrag erteilt. Der Kläger war frei in der Auftragsübernahme. Tatsächlich erteilte er der Beklagten auch Absagen, etwa bei Krankheit oder Urlaub. Im Fall der Auftragsübernahme benutzte der Kläger den Teamwagen der Beklagten und fast immer deren Kameraausrüstung. Die Einzelheiten des geplanten Beitrags wurden während der Fahrt zum Drehort besprochen. Vor Ort fand zunächst eine Begehung mit dem Moderator, Regisseur und dem für das Licht zuständigen Mitarbeiter der Beklagten statt. Während der Dreharbeiten kommunizierte der Kläger per Headset mit Mitarbeitern der Beklagten. Bei länger im Voraus feststehenden Terminen kam es auch vor, dass der Kläger im Dienstplan der Beklagten eingetragen war.

Im Januar 2014 lehnte der Kläger weitere Einsätze für die Beklagte ab. Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.01.2014 machte er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten geltend. Diese lehnte eine Beschäftigung des Klägers als Arbeitnehmer ab. Die T.-GmbH ist inzwischen liquidiert.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger in erster Linie die Feststellung des Bestehens eines Vollzeitarbeitsverhältnisses mit der Beklagten ab September 2007 sowie die entsprechende Weiterbeschäftigung. Mit diesem Begehren hatte die Klage zweitinstanzlich Erfolg.

1. Die Klage sei nicht schon deshalb unbegründet, weil der Kläger formal als Leiharbeiter der T.-GmbH bei der Beklagten eingesetzt wurde. Der Kläger sei nicht (Leih-)Arbeitnehmer der T.-GmbH gewesen, sondern deren Geschäftsführer. Als solcher habe er nicht i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen werden können.

2. Der Kläger sei im Rahmen eines Vertragsverhältnisses mit der Beklagten bei dieser tätig ge-

wesen, das als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei.

a) Eine vertragliche Beziehung könne mittels Realofferte und deren konkludenter Annahme zustande kommen. Das sei insbesondere der Fall, wenn – wie im vorliegenden Fall – über einen längeren Zeitraum einvernehmlich Dienstleistungen gegen Zahlung einer Vergütung erbracht würden (BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12). Der Annahme einer Realofferte des Klägers gegenüber der Beklagten stehe nicht entgegen, dass der Kläger mit der Tätigkeit als Kameramann eine gegenüber der T.-GmbH bestehende Dienstverpflichtung erfüllen wollte. Die formale Vertragskonstruktion sei nämlich objektiv darauf gerichtet gewesen, Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Beklagte habe das Ziel, den Kläger in größerem Umfang als 60 Tage pro Jahr als Kameramann einzusetzen, nur über die Tätigkeit als Arbeitnehmer erreichen können. Da ein eigenes Arbeitsverhältnis mit dem Kläger vermieden werden sollte, sei nur der Umweg über eine Tätigkeit als Leiharbeiter geblieben. Diesen Weg habe die Beklagte dem Kläger im Jahr 2000 selbst aufgezeigt. Aufgrund der mit der T.-GmbH abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen sei der Beklagten bekannt gewesen, dass der Kläger alleiniger Geschäftsführer der T.-GmbH gewesen sei. Daher sei es rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nun darauf berufe, unmittelbare vertragliche Beziehungen mit dem Kläger seien nicht zustande gekommen, weil sie allein Verträge mit der T.-GmbH abgeschlossen habe.

b) Die vertragliche Beziehung mit dem Kläger sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

aa) Da es sich bei der Beklagten um eine Rundfunkanstalt handelt, die in den Schutzbereich der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Rundfunkfreiheit fällt, musste das Landesarbeitsgericht zunächst klären, ob der Kläger programmgestaltend tätig war. Denn die üblichen Kriterien zur Bestimmung des Arbeitnehmerstatus können bei programmgestaltend Tätigen im Vergleich zu nicht programmgestaltend Tätigen unterschiedlichen Aussagewert haben (BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12). Das Landesarbeitsgericht qualifiziert den Kläger als nicht programmgestaltenden Mitarbeiter. Prägend für seine Tätigkeit sei die Erstellung von Kameraaufnahmen gewesen. Diese hätten je

Beitrag nur ca. zweieinhalb Minuten umfasst, in wenigen Ausnahmefällen nicht über fünf Minuten. Darüber hinaus seien Struktur und Erzählweise der Berichte von der Beklagten vorgegeben worden. Raum für eine inhaltliche Mitgestaltung sei dem Kläger nicht geblieben. Dass er als Kameramann künstlerische Fähigkeiten besitzen müsse, mache ihn noch nicht zu einem programmgestaltenden Mitarbeiter.

bb) Sodann ordnet das Landesarbeitsgericht das Rechtsverhältnis der Parteien in Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als Arbeitsverhältnis ein. Die fachliche Weisungsgebundenheit ergebe sich daraus, dass der Kläger das Filmmaterial nach dem Skript des Autors des Beitrags zu erstellen hatte. Angesichts des Zeitdrucks habe kein Raum für selbstständiges Handeln bestanden. In örtlicher Hinsicht sei der Drehort von der Beklagten vorgegeben worden. Die zeitliche Weisungsgebundenheit folge aus dem Umfang der Inanspruchnahme des Klägers. Damit habe die Beklagte einen Dauerbedarf an Arbeitskräften abdecken wollen. Dem stehe sein Ablehnungsrecht, von dem der Kläger tatsächlich in Einzelfällen Gebrauch gemacht hatte, nicht entgegen. Der Kläger habe vielmehr darauf vertrauen dürfen, in Zukunft in vergleichbarem Umfang herangezogen zu werden. Denn zu diesem Zweck habe er ja gerade auf Vorschlag des damaligen Produktionschefs der Beklagten die T.-GmbH gegründet. Selbst wenn der Kläger auch noch in geringem Umfang für andere Auftraggeber tätig gewesen sein sollte, habe es sich dabei nur um eine Nebenbeschäftigung gehandelt. Schließlich sei der Kläger in die Organisation der Beklagten eingebunden gewesen. Sie habe die Kameraausrüstung gestellt bzw. die Kosten für die Anmietung einer solchen durch den Kläger übernommen. Der Kläger habe das Produktionsfahrzeug der Beklagten benutzt und sei Teil ihres Drehteam gewesen.

3. Die Berufung auf den Arbeitnehmerstatus sei nicht treuwidrig (§ 242 BGB). Zwar habe sich der Kläger diese Rechtsposition in vertragswidriger Weise verschafft. Denn die T.-GmbH hatte sich in der Rahmenvereinbarung mit der Beklagten verpflichtet, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr in einem Arbeitsverhältnis stehen. Der Kläger habe sich stattdessen als Geschäftsführer selbst verliehen. Dies sei bei der Beklagten aber über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren bekannt gewesen, oh-

ne dass dagegen eingeschritten wurde. Ihr damaliger Produktionsleiter habe außerdem selbst angeregt, der Kläger könne umfangreicher beschäftigt werden, falls er über ein Verleihunternehmen ausgeliehen werden könnte.

4. Das Arbeitsverhältnis sei schließlich auch als Vollzeitverhältnis zustande gekommen. Auszugehen sei von der tatsächlich geübten Vertragspraxis. In ihr spiegele sich der wirkliche Parteiwillen wider. Der Kläger sei durchschnittlich an 13,9 Tagen im Monat für die Beklagte im Einsatz gewesen. Zugrunde zu legen seien die pro Einsatztag pauschal vergüteten zehn Stunden. Das ergebe eine jährliche Arbeitszeit von 1.668 Stunden. Dem stünden 1.617 Stunden der festangestellten Arbeitnehmer gegenüber. Damit sei der Kläger sogar in größerem Umfang als ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer tätig gewesen.

C. Kontext der Entscheidung

1. Das LArbG Kiel bejaht im Ergebnis zu Recht eine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen den Prozessparteien, die Begründung überzeugt indes weniger. Zutreffend ist der Ansatz des Landesarbeitsgerichts, wonach ein (Arbeits-)Vertrag durch beiderseits schlüssiges Verhalten – Realofferte durch Erbringung von Arbeitsleistung und deren Annahme durch Entgegennahme der Arbeitsleistung – zustande kommen kann. Im gegebenen Fall sollte dem ursprünglichen Parteiwillen zufolge aber keine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem Kläger und der Beklagten begründet werden, weshalb man die Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung gewählt hatte. Diese ermöglicht es, menschliche Arbeitskraft ohne Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu nutzen. Anstatt den ursprünglichen Ansatz fortzuführen, verlegt sich das Gericht unvermittelt auf eine Missbrauchsargumentation. Es stellt darauf ab, „dass das Verhalten der Parteien objektiv darauf gerichtet war, die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen“. Weil dies bei der Beklagten bekannt war und sie daran mitgewirkt hatte, handele sie rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich darauf berufe, dass es zu keinen Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien gekommen sei. Diese Argumentationsweise ist unsystematisch und ergebnisorientiert. – „Atypisch“ wird der Fall doch erst dadurch, dass sich der Kläger als alleini-

ger Gesellschafter und Geschäftsführer der eigens gegründeten T.-GmbH selbst „überließ“ und dies von der Beklagten, obwohl nach der Rahmenvereinbarung untersagt, toleriert wurde. Was aber folgt daraus für die Qualifizierung der Rechtsbeziehung?

Man könnte zunächst daran denken, bei dem zwischen der Beklagten und der T.-GmbH, vertreten durch ihren alleinigen Geschäftsführer, den Kläger, abgeschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handelte es sich um ein Scheingeschäft i.S.v. § 117 Abs. 1 BGB. Ein Scheingeschäft setzt voraus, dass das nach außen deklarierte Geschäft von beiden Parteien gar nicht gewollt ist. Das ist hier nicht der Fall. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag war ernsthaft gewollt, weil dessen Gültigkeit Voraussetzung dafür war, den Kläger weiter als Kameramann einsetzen zu dürfen. Mangels Scheingeschäfts i.S.v. § 117 Abs. 1 BGB gelangt § 117 Abs. 2 BGB nicht zur Anwendung. Es wurde mit dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag weder ein Arbeitsverhältnis noch ein freies Mitarbeiterverhältnis verdeckt.

In Betracht zu ziehen ist weiterhin ein Umgehungsgeschäft. Ein (unwirksames) Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn ein verbotener Erfolg durch Verwendung einer Gestaltungsmöglichkeit erreicht werden soll, die (scheinbar) nicht von der Verbotsnorm erfasst wird (Ellenberger in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 134 Rn. 28). Vereinbart war hier, den Kläger als Leiharbeiter über die T.-GmbH einzusetzen. Damit sollte eine direkte arbeitsvertragliche Beziehung zur Beklagten vermieden werden. Die Beschäftigung des Klägers als Arbeitnehmer hätte aber gegen kein gesetzliches Verbot verstoßen. Folglich konnte der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kein Umgehungsgeschäft sein. Im Ergebnis haben die Parteien die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wonach die Arbeitnehmereigenschaft notwendige Voraussetzung der legalen Arbeitnehmerüberlassung ist, nicht beachtet. Denn der Kläger konnte als (alleiniger) Geschäftsführer der T.-GmbH nicht deren Arbeitnehmer sein (vgl. BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14 - NJW 2015, 572).

Das schließt aber nicht aus, dass der Kläger nach dem in der übereinstimmenden Vertragspraxis zum Ausdruck kommenden tatsächlichen Geschäftswillen als Arbeitnehmer der

Beklagten anzusehen ist. Denn die rechtliche Einordnung einer übereinstimmend gewollten Vertragspraxis steht jedenfalls dann nicht zur Disposition der Parteien, wenn daran – wie im Fall der Arbeitnehmerstellung – zwingende Schutzvorschriften anknüpfen. Der beiderseitige Geschäftswille war hier – entsprechend der ausdrücklich vereinbarten Arbeitnehmerüberlassung – darauf gerichtet, den Kläger als Arbeitnehmer einzusetzen. Dass man eine unmittelbare arbeitsvertragliche Bindung an die Beklagte vermeiden wollte, ist irrelevant. Es handelt sich vielmehr um die zwingend gesetzliche Folge der übereinstimmend gewollten Vertragspraxis. Ein entgegenstehender Parteiwille ist als *protestatio facto contraria* unbeachtlich. Der umfangreichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Arbeitnehmerstellung des Klägers hätte es demnach nicht bedurft. Dazu hat es sich wohl im Hinblick auf die „Cutterin-Entscheidung“ des BAG vom 17.04.2013 (10 AZR 272/12 - NZA 2013, 903) veranlasst gesehen. Dort stand allerdings die vertragliche Beziehung der Parteien fest; es war allein klärungsbedürftig, ob es sich dabei um einen Arbeitsvertrag oder um einen freien Dienstvertrag handelte.

2. Da bei der Beklagten ein Dauerbedarf an der Tätigkeit des Klägers als Kameramann bestand, liegt die Annahme eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nahe. Das Landesarbeitsgericht schließt aus dem Umfang der Inanspruchnahme der Dienste des Klägers, die derjenigen eines Vollzeitbeschäftigten entsprach, auf eine zeitliche Weisungsgebundenheit. Der Kläger habe von dem Ablehnungsrecht kaum Gebrauch gemacht; er habe darauf vertrauen dürfen, in Zukunft in gleichem Umfang beschäftigt zu werden.

Der Kläger hat hier zwar während der Dreharbeiten keine zeitliche Dispositionsmöglichkeit. Wenn er einen Auftrag übernahm, gab die Beklagte den Drehtermin und dessen zeitliche Dauer vor. Damit wird der Sachverhalt aber nicht vollständig gewürdigt. Denn der Kläger hatte die Möglichkeit, Angebote der Beklagten abzulehnen, wovon er, wenngleich in geringem Umfang, auch Gebrauch gemacht hatte. Das ist untypisch für ein Arbeitsverhältnis, bei dem der Arbeitgeber innerhalb des durch den Arbeitsvertrag abgesteckten Rahmens über die (Arbeits-)Zeit des Arbeitnehmers disponiert. In diesem wichtigen Punkt weicht der vorliegende Sachverhalt von der „Cutterin-Entschei-

„dung“ ab. Dort wurden der Cutterin von der beklagten Rundfunkanstalt Einsätze zugewiesen, ohne dass eine Bestätigung eingeholt wurde. Es hatte sich die Praxis eingestellt, dass die Cutterin ihr zugewiesene Aufträge regelmäßig übernahm. Hier war der Kläger bzw. die vorgeschobene T.-GmbH in einen Pool von Unternehmen aufgenommen, die von der Beklagten bei Bedarf abtelefoniert wurden. Die Auftragserteilung erfolgte erst, nachdem die Disposition der Beklagten, wenn auch kurzfristig, vorher beim Kläger angefragt hatte, ob ein Termin übernommen werden könnte. Diese Vertragspraxis weist eine Nähe zu sog. „Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen“ auf. Bei jenen wird auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung eigens für jeden Arbeitseinsatz ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet. Der Arbeitnehmer entscheidet jeweils frei darüber, ob er ein Einsatzangebot annimmt. Das BAG sieht in dieser flexiblen Personaleinsatzgestaltung prinzipiell weder eine unzulässige Gesetzesumgehung noch den Missbrauch einer an sich zulässigen Gestaltungsmöglichkeit. Insbesondere ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein unbefristetes Abrufarbeitsverhältnis i.S.v. § 12 TzBfG abzuschließen (grundlegend BAG, Urt. v. 31.07.2002 - 7 AZR 181/01; ferner BAG, Urt. v. 15.02.2012 - 10 AZR 111/11; BAG, Urt. v. 16.05.2012 - 5 AZR 268/11). Der Schutz des Arbeitnehmers vor einer missbräuchlichen Aneinanderreihung befristeter Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse wird durch das TzBfG gewährleistet. Diesen Aspekt bezieht das Landesarbeitsgericht nicht in seine Gesamtabwägung ein. Es bleibt abzuwarten, ob das vom BAG im anstehenden Revisionsverfahren (9 AZR 76/16) akzeptiert wird.

§ 17 Satz 1 TzBfG stünde einem Klageerfolg übrigens nicht entgegen. Die Parteien streiten nicht um die Wirksamkeit einer Befristungsabrede. Die Beklagte hat sich nicht einmal auf die Befristung eines etwa mit dem Kläger zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses berufen. In diesem Fall gelangt § 17 TzBfG nicht zur Anwendung; vielmehr ist die nicht fristgebundene allgemeine Feststellungsklage i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO die zutreffende Klageart (vgl. BAG, Urt. v. 20.02.2002 - 7 AZR 622/00).

D. Auswirkungen für die Praxis

Der vorliegende Fall zeigt, dass bei der Zwischenschaltung eines Verleihunternehmens als

Strategie zur Vermeidung eines Arbeitsverhältnisses die Spielregeln der Arbeitnehmerüberlassung zu beachten sind. Die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist ungeeignet. Damit die zu überlassende Person Arbeitnehmer-eigenschaft erlangen kann, darf sie weder Geschäftsführer noch mit mehr als 50% am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sein (vgl. BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14). Geht es um die Abdeckung eines Dauerbedarfs, verstößt die nicht vorübergehende Überlassung zudem gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (grundlegend: BAG, Beschl. v. 10.07.2013 - 7 ABR 91/11, jurisPR-ArbR 47/2013 Anm. 1, Hamann). Besteht ein Betriebsrat, wird dieser den nicht vorübergehenden Einsatz durch Ausübung seines Zustimmungsverweigerungsrechts nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verhindern (vgl. BAG, Beschl. v. 10.07.2013 - 7 ABR 91/11). Andernfalls ist der nicht vorübergehende Verleih de lege lata für den Entleiher praktisch sanktionslos (Hamann, NZA 2015, 904, 908; Hamann, RdA 2014, 271, 272 f.). Für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber und Unternehmen, die Compliance-Grundsätzen verpflichtet sind, sollte ein kalkulierter Gesetzesverstoß allerdings keine Option sein.

De lege ferenda dürfte sich die Gesetzeslage ändern. Sowohl im Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 als auch in dem am 16.11.2015 veröffentlichten Referentenentwurf des BMAS ist vorgesehen, eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten einzuführen. Inwieweit die Arbeitnehmerüberlassung dann noch zur Abdeckung eines personellen Dauerbedarfs genutzt werden darf, hängt entscheidend davon ab, ob die Zulässigkeitsvoraussetzung „vorübergehend“ arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogen sein wird (dazu Hamann, NZA 2015, 904, 905). Während der Koalitionsvertrag und nachfolgende Äußerungen der Bundesregierung (BT-Drs. 18/421, S. 2) auf einen Arbeitsplatzbezug deuteten, soll „vorübergehend“ dem Referentenentwurf zufolge Arbeitnehmerbezug haben. Damit würde eine Rotationsstrategie legalisiert: Stammarbeitsplätze könnten dauerhaft mit abwechselnd tätigen Leiharbeitnehmern besetzt werden. Für diesen Fall bleibt abzuwarten, ob die Arbeitsgerichte – wie im Fall von Befristungsketten – mithilfe des institutionellen Rechtsmissbrauchs die Notbremse ziehen.

Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats beim Austausch von Hardware

Leitsatz:

Der Begriff der zentral verwalteten Verfahren der Informationstechnik i.S.v. § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II erfasst sowohl die von der Bundesagentur vorgegebene Software als auch die von den gemeinsamen Einrichtungen zu nutzenden Geräte (Hardware).

Anmerkung zu OVG Münster, Beschluss vom 01.09.2015, 20 A 1265/14.PVB

von **Konstantin Esch**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Trier

A. Problemstellung

Nach § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II nutzen die gemeinsamen Einrichtungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) und der kommunalen Träger zur Erfüllung ihrer Aufgaben „Verfahren der Informationstechnik“, die von der BA zentral verwaltet werden und daher ihrer Trägerverantwortung unterliegen. Klassischerweise fallen darunter Fachanwendungen, die als Software zur Verfügung gestellt werden. Ob aber auch Hardware unter den Begriff der „Verfahren der Informationstechnik“ fällt, welche die BA zentral verwaltet, hatte das OVG Münster zu entscheiden. Von dieser Frage hing ab, ob auf der Ebene der gemeinsamen Einrichtung personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungstatbestände ausgelöst werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der regionale IT-Service der BA tauschte in einer gemeinsamen Einrichtung (Jobcenter) u.a. vorhandene PCs, Bildschirme und Eingabegeräte aus. Hierauf wies im Vorfeld auch der Bereichsleiter des Jobcenters hin, um über die Einzelheiten des Austauschs zu informieren, woraufhin der örtliche Personalrat erfolglos sein Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG (Gestaltung der Arbeitsplätze) geltend machte. Nach Durchführung des Hardware-Aus-

tauschs beantragte er die Feststellung, dass die Maßnahme mitbestimmungspflichtig war.

Anders sah dies jedoch das angerufene Verwaltungsgericht sowie im Anschluss der Fachsenat für Bundespersonalvertretungssachen des OVG Münster.

Der Senat lehnte bereits eine die Mitbestimmung auslösende eigene Maßnahme des Dienststellenleiters nach § 69 Abs. 1 BPersVG ab. „Maßnahme“ im Sinne des Personalvertretungsrechts sei nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG eine Handlung oder Entscheidung des Leiters der Dienststelle, mit welcher er in eigener Zuständigkeit eine eigene Angelegenheit regelt, sofern dadurch der Rechtsstand eines oder mehrerer Beschäftigten berührt wird (Rn. 25 f., im Einzelnen auch Widmaier, PersV 2010, 324). Der Austausch der Hardware falle aber unter den Begriff der „zentral verwalteten Verfahren der Informationstechnik“, welche § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II in die Trägerverantwortung der BA stellt und damit der Entscheidung des Dienststellenleiters gerade entzieht. Entsprechende Hardware sei nämlich notwendige Voraussetzung für die Nutzung der Software, die beispielsweise leistungsfähige Rechner oder bestimmte Bildschirmgrößen erfordere (Rn. 47). Beteiligungsrechte des örtlichen Personalrats seien damit ausgeschlossen. Zu § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG brauchte der Senat damit keine Stellung mehr zu nehmen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung steht in der Nachfolge einer noch nicht ganz gefestigten Rechtsprechung zu § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II, wonach die durch die Bundesagentur zentral verwalteten Verfahren der Informationstechnik eine personalvertretungsrechtliche Mitbestimmung auf der Ebene der gemeinsamen Einrichtungen ausschließen. Während der Gesetzgeber hinreichend verdeutlichte, dass im Anwendungsbereich des § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II eine Mitbestimmung der örtlichen Mitbestimmungsgremien ausgeschlossen ist (BT-Drs. 17/1555, S. 31), bleibt bisweilen unklar, was überhaupt als „Verfahren der Informationstechnik“ im Sinne der Norm verstanden werden kann. Darunter subsumierte etwa der VGH Kassel die VoIP-Telefonie (VGH Kassel, Beschl. v. 20.11.2013 - 21 A 2132/12.PV; im Ergebnis a.A. OVG Brandenburg, Beschl. v.

14.03.2013 - 62 PV 13.12, m.w.N. zu den ebenfalls ablehnenden Stellungnahmen der BA sowie der Bundesregierung, Rn. 30; vgl. auch Hebler, ZfPR 2013, 13). Jedenfalls um Informationstechnik handelte es sich nach Ansicht des OVG Münster bei den ausgetauschten PCs samt ihrer Peripherie. Dass generell auch Hardware unter den Begriff des IT-Verfahrens fallen soll, befürwortete im Vorfeld der Besprechungsentscheidung bereits der VGH Kassel (vgl. o.). Dem schließt sich nun das OVG Münster an (ihm folgend nun auch VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 17.11.2015 - 12b K 2784/14.PVB).

Die Begründung des Fachsenats greift etwas zu kurz. Zwar ist richtig, dass der „Begriff der Informationstechnik in § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II als ein Oberbegriff für die Informations- und Datenverarbeitung sowie die dafür benötigte Hardware und Software [...] zu verstehen“ ist (Rn. 48). Sofern § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II jedoch die „zentral verwalteten Verfahren der Informationstechnik“ in die Trägerverantwortung der BA stellt, ist hiermit eben nur gesagt, dass die entsprechenden Verfahren – nicht aber die Informationstechnik per se – durch die BA zentral verwaltet wird. Nur jene sind daher einer eigenen mitbestimmungsrelevanten Entscheidung des Dienststellenleiters entzogen. Andernfalls hätte es der Gesetzgeber nämlich schlicht bei der Formulierung belassen können, dass die gemeinsamen Einrichtungen „zentral verwaltete Informationstechnik“ nutzen würden (vgl. nur den Wortlaut in § 40 Abs. 2 BetrVG, § 6 Abs. 6 StVG, § 5a SÜFV oder § 85 Abs. 2 Nr. 9 PersVG Berlin). Legt man den Begriff damit restriktiv aus, so bleibt als Verfahren im Sinne eines IT-Prozesses nur noch das „Wie“ der Verarbeitung und Übermittlung von Sozialdatenbeständen übrig, was insbesondere Software betrifft. Sofern man aber annimmt, dass § 50 SGB II über das Regelungsprogramm seiner Überschrift „Datenübermittlung“ hinausgeht (Rn. 43), so ist etwa auch der Sozialdatenschutz im Rahmen der Datenübermittlung zwischen in § 50 Abs. 1 SGB II genannten Stellen zu berücksichtigten (Harich in: Eicher, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 50 Rn. 1), was insbesondere durch einheitliche Geräteauswahl sichergestellt werden kann. Den recht knappen Ausführungen zur Untrennbarkeit von Hardware und Software (Rn. 47) mag man in diesem Sinn eine Orientierung am Gesetzeszweck zugrunde legen, allerdings hätte das Oberverwaltungsgericht sie dann auch klar benennen sollen. Hilft man dem mit einer betont zweckgerichteten

Auslegung ab, so wird gleichwohl vielfach entsprechende Hardware notwendig sein, um gerade vor dem Hintergrund des Sozialdatenschutzes einen sicheren Austausch der Sozialdaten durch funktionsfähige Fachsoftware zu gewährleisten, die v.a. leistungsfähige Prozessoren erfordert (vgl. Rn. 47).

Aber auch der VGH Kassel, auf dessen Beschluss vom 20.11.2013 (21 A 2132/12.PV) sich der Senat in dieser Frage maßgeblich stützt, formuliert, dass „[d]er Begriff der ‚zentral verwaltete(n) Verfahren der Informationstechnik‘ [...] sowohl die von den gemeinsamen Einrichtungen zu nutzenden Geräte (Hardware) als auch die vorgegebene Software und allgemein das Verfahren, das die gemeinsamen Einrichtungen anzuwenden haben“, erfasst. Die zusätzliche Erwähnung des „Verfahrens“ (und der Software) neben der Hardware offenbart hierbei das zumindest am Wortlaut vorbei- und insoweit zu weitgehende Verständnis.

Der leitende Gedanken des Oberverwaltungsgerichts, auch Hardware sei stets von § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II erfasst, liegt daher mit der gewählten Begründung jedenfalls in der nahegelegten Allgemeingültigkeit nicht auf der Hand (skeptisch zur weiten Auslegung auch Janssen, jurisPR-ArbR 7/2013 Anm. 3).

Nicht von tragender Bedeutung sind schließlich die Ausführungen des Senats zu den durch die BA selbst verfassten Richtlinien über die Nutzung der IT sowie die Allgemeinen Nutzungsbedingungen (ANB). Zwar stellt der Senat hier lediglich fest, dass diese dem gefundenen Ergebnis „nicht entgegenstehen“ (Rn. 51) bzw. „entsprechen“ (Rn. 50). Hierauf kommt es aber richtigerweise schon gar nicht an, da die BA andernfalls über die Reichweite ihrer Trägerverantwortung, die ihr durch formelles Gesetz in § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II zugeordnet ist, selbst bestimmen könnte. Deshalb kommt diesen Richtlinien insoweit keine Bedeutung zu.

Anders als in einem ähnlichen, in den tragenden Erwägungen weitgehend wortgleichen Beschluss vom gleichen Datum (20 A 2311/13.PVB) hat sich der Fachsenat jedoch in der Besprechungsentscheidung nicht zusätzlich zu den Voraussetzungen des Mitbestimmungstatbestands geäußert. Dies lässt die Frage der mitbestimmungsneutralen „Bagatellmaßnahmen“ unbeantwortet, wie sie vom Be-

teiligten vorgebracht wurde. Ein bloßer Vergleich mit der Entsprechungsnorm des § 91 BetrVG, die ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht im Rahmen der Arbeitsplatzgestaltung nur bei offensichtlichen Verstößen gegen Erkenntnisse über menschengerechte Arbeitsplatzgestaltung vorsieht (BAG, Beschl. v. 01.07.2003 - 1 ABR 20/02), dürfte jedenfalls ohne genauere Betrachtung der jeweiligen Regelungssystematiken noch nicht den Umkehrschluss zulassen, dass selbst ganz unwesentliche Maßnahmen von § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG tatbestandlich erfasst sind. Maßnahmen jedoch, die weder den Gesundheitsschutz noch die Ergonomie als Schutzzweck des § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG (Kaiser in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 75 BPersVG Rn. 516) beeinträchtigen können, sind auch nach Ansicht des BVerwG (Beschl. v. 30.08.1985 - 6 P 20/83, Rn. 29; auch Kiper, PersR 2008, 354, 355) richtigerweise nicht tatbestandlich und daher mitbestimmungsfrei. Im vorliegenden Fall hätte sich dies vor allem am Ausmaß der Änderung der Bildschirmgröße und einer ggf. außergewöhnlichen Haptik der Eingabegeräte und der damit einhergehenden Umgebung beurteilt. Da dies zumindest angesichts der größeren Bildschirme voraussichtlich relevant geworden wäre (genaue Größenangaben sind dem Beschluss indes nicht zu entnehmen), hat sich der Fachsenat vermutlich diese ohnehin nicht mehr erheblichen Ausführungen gespart.

D. Auswirkungen für die Praxis

Wengleich der Fachsenat die Reichweite der Trägerverantwortung der BA mit einer recht weitgehenden Auslegung des § 50 Abs. 3 Satz 1 BPersVG etwas überdehnt und der Beschluss in seiner Begründung damit nicht durchweg zu überzeugen vermag, so ebnet er im Wege dieser pragmatischen Auslegung immerhin ein weiteres Stück zum rechtssicheren Verständnis des § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB II, was aus praktischer Sicht vor allem Abgrenzungstreitigkeiten vorbeugt und damit zu begrüßen ist. Zwar schränkt diese Rechtsprechungslinie die Zuständigkeit der Personalvertretungsgremien der gemeinsamen Einrichtungen ein, da der „Hebel“ des Maßnahmenbegriffs die Anwendung des gesamten Mitbestimmungskatalogs ausschließt (vgl. z.B. zu § 75 Abs. 3 Nr. 15 und Nr. 17 BPersVG OVG Münster, Beschl. v.

01.09.2015 - 20 A 2311/13.PVB), allerdings verlagert dies die personalvertretungsrechtliche Mitbestimmung letztlich nur auf die Ebene der BA (vgl. Rn. 38) und schließt sie nicht etwa völlig aus. Für die Belange der Bediensteten in den gemeinsamen Einrichtungen bleibt dies freilich ein Wermutstropfen.

In Angelegenheiten nach dem BetrVG ist in Fällen der Arbeitsplatzgestaltung ggf. auf die Beteiligung des Betriebsrats bereits im Planungsstadium zu achten, §§ 90 f. BetrVG. Anders als § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG kennt § 91 BetrVG aber nur eine Mitbestimmung bei drohender Verschlechterung und nicht auch bei neutraler oder günstigerer Arbeitsplatzgestaltung und ist insoweit als Abwehrrecht enger als das personalvertretungsrechtliche Gestaltungsrecht (Kaiser in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 75 BPersVG Rn. 520).

3

Schadensersatzanspruch Drittbetroffener beim Streik

Leitsatz:

Bei einem Streik folgt die unmittelbare Kampfbetroffenheit des Arbeitgebers aus dem Streikaufruf. Mit ihm wird regelmäßig nicht in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines kampfbeteiligten Unternehmens eingegriffen.

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 25.08.2015, 1 AZR 754/13

von **Stephan Gräf**, Ass. jur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Würzburg

A. Problemstellung

Das BAG beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung (vgl. teilweise parallel BAG, Urt. v. 25.08.2015 - 1 AZR 875/13) mit der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine streikführende Gewerkschaft deliktisch für Vermögensschäden haftet, die einem am Arbeits-

kampf nicht unmittelbar beteiligten Unternehmen infolge des Streiks entstehen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerinnen, verschiedene Fluggesellschaften, machten gegen die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) Schadensersatzansprüche wegen ausgefallener, verschobener und umgeleiteter Flüge geltend.

I. Die GdF führte am Stuttgarter Flughafen einen Streik, der auf den Abschluss eines Tarifvertrags mit der Flughafen-Betreiber-Gesellschaft (FSG) abzielte. Um den Druck auf die FSG zu erhöhen, rief die GdF die im Tower arbeitenden Fluglotsen, die bei der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) beschäftigt waren, zu einem Unterstützungstreik auf. Die Fluglotsen legten daraufhin die Arbeit nieder. Nach gut fünf Stunden wurde der Streik beendet, nachdem er vom zuständigen Arbeitsgericht im Wege einer einstweiligen Verfügung verboten worden war. Von den aus dem Streik resultierenden Störungen im Flugbetrieb waren auch Flüge der Klägerinnen betroffen.

Diese stützen ihre Schadensersatzklagen u.a. auf § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentumsrechts an ihren Flugzeugen und ihres Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, sowie auf § 826 BGB. Die Klagen blieben in den ersten beiden Instanzen erfolglos.

II. Auch das BAG lehnte eine Haftung der GdF ab. Es ließ dabei offen, ob der Unterstützungstreik der Fluglotsen – entsprechend der Einschätzung des Arbeitsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz – tatsächlich rechtswidrig war. Es fehle jedenfalls an sonstigen deliktsrechtlichen Voraussetzungen für die geltend gemachten Ansprüche.

1. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB sei schon deshalb abzulehnen, weil die GdF kein absolut geschütztes Rechtsgut der Klägerinnen verletzt habe.

a) Eine Eigentumsverletzung hinsichtlich der Flugzeuge der Klägerinnen kam hier – mangels Substanzverletzung – allein in Form einer Nutzungsbeeinträchtigung in Betracht. Eine ausrei-

chend intensive Nutzungsbeeinträchtigung lag nach Ansicht des BAG aber nicht vor.

aa) Dies gelte zunächst hinsichtlich der Flugzeuge, die während des Fluglotsenstreiks in Stuttgart nicht landen konnten. Diesen Flugzeugen sei der bestimmungsgemäße Gebrauch als Transportmittel nicht entzogen worden, da ihre Bewegungsfähigkeit nicht eingeschränkt gewesen sei. Der Umstand, dass sie zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Flughafen nicht landen und wieder starten konnten, genüge für eine Eigentumsverletzung nicht.

bb) Zum selben Ergebnis kommt das BAG hinsichtlich derjenigen Flugzeuge, die sich während des mehrstündigen Streiks in Stuttgart am Boden befanden und nicht abfliegen konnten. Hier hatte das BAG freilich einen höheren Begründungsaufwand zu leisten.

Zunächst führt es aus, dass eine haftungsrelevante Nutzungsbeeinträchtigung während des Streiks frühestens ab dem Zeitpunkt in Betracht komme, für den dem jeweiligen Flugzeug am betroffenen Tag ein Slot (vom Flughafenbetreiber bereitgestelltes Zeitfenster) für den Start zugewiesen war. Schließlich hätten die Flugzeuge vorher ohnehin nicht starten dürfen.

Dieser Aspekt sei allerdings nicht entscheidungserheblich. Denn selbst wenn man eine Nutzungsbeeinträchtigung während des gesamten Streikzeitraums annehme, weise diese jedenfalls nicht die erforderliche Intensität auf. Die Flugzeuge hätten nämlich lediglich für eine kurze Zeitspanne nicht wirtschaftlich genutzt werden können, ohne dass dabei eine unmittelbare Einwirkung auf sie stattgefunden habe.

b) Im Zentrum der Entscheidung steht die Frage, ob die GdF das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerinnen verletzt hatte. Das BAG verneint dies, da nach seiner Ansicht das Erfordernis eines unmittelbaren (betriebsbezogenen) Eingriffs nicht erfüllt war. Zwar seien Streiks grundsätzlich geeignet, solche Eingriffe hervorzurufen, jedoch regelmäßig nur im Hinblick auf den bestreikten Arbeitgeber. Bei sonstigen Arbeitgebern, die selbst nicht kampfbetroffen seien, fehle es regelmäßig an der Unmittelbarkeit.

Welche Unternehmen als bestreikte Unternehmen anzusehen sind, richte sich dabei nach der

„objektiven Stoßrichtung“ des Streiks. Diese sei anhand des Streikaufrufs der Gewerkschaft zu ermitteln. Nach dem Streikaufruf der GdF habe der vorliegende Unterstützungstreik der Fluglotsen darauf abgezielt, den Betrieb der DFS zu stören, um den Druck auf die FSG zu erhöhen. Er sei hingegen nicht auf eine Störung des Betriebs der klagenden Fluggesellschaften gerichtet gewesen. Dafür spreche auch, dass die GdF keinen Einfluss darauf ausgeübt habe, welche Fluggesellschaften konkret von der Flugverkehrsstörung betroffen sein sollten.

Unerheblich sei der Umstand, dass der Flugbetrieb der Klägerinnen zwangsläufig von den Flugsicherungsdiensten der bestreikten FSG abhing. Entscheidend sei nämlich nicht der „Handlungserfolg“, sondern die „Handlungsgerichtetheit“ („Finalität“) des Streiks. Daher spiele es auch keine Rolle, dass die Gewerkschaft Kenntnis davon hatte, dass es auch bei den Klägerinnen zu Betriebsstörungen kommen würde.

2. Schließlich lehnt das BAG auch eine Haftung nach § 826 BGB ab. Selbst wenn man von einer Rechtswidrigkeit des Unterstützungstreiks ausginge, wäre dieser nach Ansicht des BAG jedenfalls nicht als sittenwidrig anzusehen. Ein besonderer Unrechtsgehalt sei nach den Umständen des Einzelfalls nicht erkennbar.

C. Kontext der Entscheidung

Verschiedene Instanzgerichte haben zuletzt eine Haftung streikführender Gewerkschaften für Schäden nicht kampfbetroffener Unternehmen in ganz ähnlichen Fällen abgelehnt (vgl. zur hiesigen Konstellation – Schäden von Fluggesellschaften bei einem Fluglotsenstreik – LArbG Frankfurt, Urt. v. 27.06.2013 - 9 Sa 1387/12; LArbG Frankfurt, Urt. v. 05.12.2013 - 9 Sa 592/13; a.A. Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 340; Sprenger, BB 2013, 1146, 1148 f.; vgl. zu Unterlassungsansprüchen von Schifffahrtsunternehmen bei Streiks von Schleusenmitarbeitern ArbG Herne, Urt. v. 23.08.2013 - 3 Ga 28/13 - RdTW 2014, 170; ArbG Wesel, Urt. v. 23.08.2013 - 6 Ga 22/13 - LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 96; zust. Hauer, jurisPR-ArbR 7/2014 Anm. 5; a.A. Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 340). Diese Linie hat das BAG in der vorliegenden Entscheidung bestätigt.

1. Die Frage nach einer möglichen Eigentumsverletzung hinsichtlich der Flugzeuge wirft weniger spezifisch arbeitsrechtliche als vielmehr allgemein deliktsrechtliche Fragen auf. Die vorliegende Konstellation erinnert stark an den für die Fallgruppe der Nutzungsbeeinträchtigung grundlegenden Fleet-Fall des BGH (BGH, Urt. v. 21.12.1970 - II ZR 133/68 - NJW 1991, 886). Damals ging es um eine Wasserstraße, an deren Ende sich eine Mühle befand. Diese konnte aufgrund einer eingestürzten Ufermauer über mehrere Monate hinweg nicht erreicht werden.

1. Hinsichtlich der ausgeschlossenen Schiffe lehnte der BGH damals eine Eigentumsverletzung in Form der Nutzungsbeeinträchtigung ab, da diese „in ihrer Eigenschaft als Transportmittel nicht betroffen und damit ihrem natürlichen Gebrauch nicht entzogen wurden“ (BGH, Urt. v. 21.12.1970 - II ZR 133/68 - NJW 1971, 886, 888). Mit derselben Begründung konnte das BAG hier eine erhebliche Nutzungsbeeinträchtigung hinsichtlich der Flugzeuge verneinen, die am Stuttgarter Flughafen nicht landen konnten.

2. Im Fleet-Fall bejahte der BGH allerdings eine Eigentumsbeeinträchtigung im Hinblick auf das in der Wasserstraße eingesperrte Schiff. Dieses sei „als Transportmittel praktisch ausgeschaltet, seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“. Anders das BAG im vorliegenden Fall: Es liege keine erhebliche Nutzungsbeeinträchtigung hinsichtlich der Flugzeuge vor, die während des Streiks am Stuttgarter Flughafen nicht starten konnten.

Gleichwohl ist dem BAG zuzustimmen. Zwar wurde den Flugzeugen – wie im Fleet-Fall – die bestimmungsgemäße Nutzung als Transportmittel entzogen. Dies allein genügt aber nicht. Hinzukommen muss nach h.M. eine ausreichende Intensität (vgl. stv. Wagner in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 181). Die Rechtsprechung hat diese Voraussetzung insbesondere dann bejaht, wenn auf die Sache selbst unmittelbar eingewirkt wird oder wenn sich die Nutzungsbeeinträchtigung – wie im Fleet-Fall (Blockade über mehrere Monate) – über einen erheblichen Zeitraum erstreckt (vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei Hager in: Staudinger, BGB, Bearb. 1999, § 823 Rn. B 90; vgl. zum Zeitkriterium auch Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 338 f.). Beides muss hier verneint werden. Zu Recht weist das BAG darauf hin, dass der

vorliegende Fall mit dem Sachverhalt vergleichbar ist, welcher der Entscheidung des BGH vom 21.06.1977 zugrunde lag (dreistündige Blockade der Ausfahrt eines Grundstücks durch Rettungsfahrzeuge, deren Einsatz der Sicherung einer Brandstätte auf dem Nachbargrundstück diente). Der BGH hatte dort eine Eigentumsverletzung hinsichtlich der eingeschlossenen Fahrzeuge abgelehnt (BGH, Urt. v. 21.06.1977 - VI ZR 58/76 - NJW 1977, 2264, 2265).

II. Von grundsätzlicher Bedeutung für das Streikrecht sind die Ausführungen des BAG zu § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dass rechtswidrige Streiks einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb des bestreikten Unternehmens darstellen und so Schadensersatzansprüche begründen können, ist in der Rechtsprechung schon lange anerkannt (vgl. bereits BAG, Urt. v. 04.05.1955 - 1 AZR 493/54 - NJW 1955, 1373). Nicht umfassend geklärt ist hingegen die Frage, ob bzw. wann das Unmittelbarkeitskriterium auch in Bezug auf Unternehmen erfüllt ist, denen infolge des Streiks Schäden entstehen, die aber nicht selbst bestreikt werden, (vgl. zur Instanzrechtsprechung die oben genannten Nachweise; zu einschlägigen Entscheidungen des BGH und des BAG sogleich 2.).

1. Das BAG konkretisiert das Unmittelbarkeitsanfordernis für den streikrechtlichen Kontext zunächst dahingehend, dass eine „unmittelbare Kampfbetroffenheit“ vorliegen muss. Damit ist noch wenig gewonnen. Entscheidend ist vielmehr, was eine unmittelbare Kampfbetroffenheit voraussetzt. Betrachtet man nur den Leitsatz, so klingt die Antwort des BAG simpel: Die unmittelbare Kampfbetroffenheit soll aus dem Streikaufruf der Gewerkschaft folgen.

Dies erscheint allerdings problematisch. Nimmt man das BAG beim Wort, so hätte es die streikführende Gewerkschaft in der Hand, ihr Haftungsrisiko einseitig zu minimieren, indem sie im Streikaufruf nur ein Unternehmen mit geringem Schadenspotenzial benennt, obwohl sie ihren Arbeitskampf in Wirklichkeit auch gegen den Gewerbebetrieb anderer Unternehmen richtet. Der formelle Inhalt des Streikaufrufs kann also nicht allein ausschlaggebend sein.

So ist die vorliegende Entscheidung allerdings auch nicht zu verstehen. Die nähere Betrachtung

der Gründe zeigt, dass das eigentliche materielle Kriterium, auf das die Argumentation des BAG aufgebaut ist, die „objektive Stoßrichtung“ des Streiks darstellt. Dieser Begriff, der in der Entscheidung mehrfach auftaucht, findet sich auch schon in der Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.04.1998 - VI ZR 196/97 - NJW 1998, 2141, 2143) und in früheren Urteilen des BAG (vgl. etwa die Flashmob-Entscheidung: BAG, Urt. v. 22.09.2009 - 1 AZR 972/08 - NZA 2009, 1347 Rn. 22). Dabei handelt es sich eigentlich um ein subjektives Kriterium. Dies wird in der vorliegenden Entscheidung besonders in dem Hinweis des BAG deutlich, es komme nicht auf den „Handlungserfolg“, sondern die „Handlungsgerichtetheit“ des Streiks an. An anderer Stelle ist von „Finalität“ die Rede (vgl. auch Sprenger, BB 2013, 1146, 1149, der von „subjektiver (Dritt-)Betriebsbezogenheit“ spricht; krit. zur Geeignetheit der Willensrichtung als Unterscheidungskriterium Czerny/Frieling, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a, unter C.II.2.). Die Bezeichnung des Kriteriums als „objektive“ Stoßrichtung ist insofern missverständlich. Gemeint ist damit offenbar, dass die subjektive Stoßrichtung aus Sicht eines objektiven Betrachters zu ermitteln ist, vergleichbar dem Vorgehen bei der Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB).

Entscheidend ist damit, ob es der Gewerkschaft erkennbar gerade darauf ankam, (zumindest auch) im drittbetroffenen Unternehmen eine Betriebsstörung hervorzurufen. Wie das BAG betont, genügt es nicht, wenn es sich bei der Störung um eine zwangsläufige Folge des Streiks handelt und die Gewerkschaft dies weiß und in Kauf nimmt. Es bedarf also auf Seiten der Gewerkschaft nicht nur eines kognitiven, sondern auch eines voluntativen Elements.

Die beiden Fälle - von der Gewerkschaft beabsichtigte Drittbeeinträchtigungen einerseits und nur bewusst in Kauf genommene Drittbeeinträchtigungen andererseits - lassen sich in der Praxis freilich nur schwer auseinanderhalten. Dessen war sich offenbar auch das BAG bewusst. So ist es zu erklären, dass es dem Streikaufruf der Gewerkschaft eine Schlüssel-funktion einräumt. Sein Inhalt soll das zentrale objektive Indiz für die Ermittlung der subjektiven Stoßrichtung der Gewerkschaft darstellen. Damit versucht das BAG, bei der gerichtlichen Feststellung der Stoßrichtung Rechtssicherheit zu schaffen. Wie bereits erwähnt, muss

im Wortlaut des Streikaufrufs allerdings nicht zwingend der wahre Wille der Gewerkschaft zum Ausdruck kommen. Deshalb müssen richtigerweise auch solche Unternehmen, die nach dem formalen Inhalt des Streikaufrufs nicht betroffen sind, als von der Stoßrichtung der Gewerkschaft erfasst angesehen werden, wenn sich dies aus sonstigen Umständen des Einzelfalls ergibt. Solche Umstände liegen etwa dann vor, wenn die Betriebsstörung im unmittelbar bestreikten Unternehmen – für die Gewerkschaft erkennbar – von vornherein ungeeignet ist, um Druck im Hinblick auf den angestrebten Tarifvertragsschluss aufzubauen, sondern der notwendige Druck nur oder ganz überwiegend durch die Betriebsstörung beim Drittunternehmen hergestellt werden kann. Die Drittbezogenheit der Stoßrichtung kann sich aber auch aus Äußerungen für den Streik verantwortlicher Gewerkschaftsvertreter außerhalb des Streikaufrufs ergeben (unzutr. insofern LArbG Frankfurt, Urt. v. 05.12.2013 - 9 Sa 592/13 Rn. 136 ff.: Unbeachtlichkeit der Aussage eines Vorstandsmitglieds der Gewerkschaft, dass für den Erfolg des Fluglotsenstreiks der Einbruch der Buchungszahlen bei den Fluggesellschaften „noch wichtiger“ als die Störungen im Luftverkehr gewesen sei; wie hier Sprenger, BB 2013, 1146, 1148 f.). Solche Umstände lagen im vorliegenden Fall allerdings nicht vor.

2. Das BAG geht auch auf das Verhältnis der vorliegenden Entscheidung zu seiner bisherigen Rechtsprechung und zu derjenigen des BGH ein, die zur Frage der Unmittelbarkeit des Eingriffs bei drittbetroffenen Unternehmen im Kontext des Arbeitskampfs existiert. Es bereitet ihm erkennbar Schwierigkeiten, die Urteile miteinander in Einklang zu bringen.

a) In einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1977 (BGH, Urt. v. 16.06.1977 - III ZR 179/75 - NJW 1977, 1875) ging es um streikähnliche Aktionen verbeamteter Fluglotsen, die zu Flugausfällen führten. Die Klägerin war ein Reiseunternehmen, das sich der Dienste selbstständiger Fluggesellschaften bediente. Der BGH bejahte einen Amtshaftungsanspruch der Bundesrepublik (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) wegen eines unmittelbaren Eingriffs der Fluglotsen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin. Zentrales Argument des BGH war, dass es den Fluglotsen gerade darum gegangen sei, Druck auf die Bundesregierung auszuüben, um diese dazu zu bewegen,

den standespolitischen Forderungen der Fluglotsen nachzugeben.

Das BAG lehnte eine Übertragung dieser Entscheidung auf den vorliegenden Fall mit der Begründung ab, der BGH habe damals nur zu einer kollektiven Aktion einzelner Flugbegleiter entschieden. Die Entscheidung lasse sich nicht auf gewerkschaftlich geführte Streiks übertragen, die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt seien.

Diese Abgrenzung kann nicht überzeugen, da die Koalitionsfreiheit allein die Frage der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb betrifft, nicht jedoch die vorgelagerte Frage der Unmittelbarkeit des Eingriffs. Letztere muss in beiden Entscheidungen vielmehr nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sein. Trotzdem sind beide Entscheidungen richtig. Damals ließen die äußeren Umstände nämlich – anders als im vorliegenden Fall – durchaus den Schluss zu, dass sich die Stoßrichtung der Fluglotsen gerade auch gegen die Klägerin richtete (so auch die Analyse von Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 340). Deren Forderung war nämlich an einen Akteur (Bundesregierung) gerichtet, der als solcher überhaupt nicht von der Aktion betroffen war (mit den Worten des BGH: ihre Aktion richtete sich „nicht gegen ein Betriebspotential ihres Dienstherrn“). Die Aktion konnte daher allein den Zweck haben, den Betrieb der betroffenen Dritten zu stören, um so Druck auszuüben. Demgegenüber ließen die Umstände im vorliegenden Fall einen solchen Schluss nicht zu, da das Unternehmen (FSG), an das sich die Forderung der GdF richtete, auch selbst von Betriebsstörungen betroffen war.

b) In einer Entscheidung des Senats vom 21.06.1988 (1 AZR 653/86 - NZA 1988, 884) ging es um die Blockade eines Druckzentrums im Rahmen eines Arbeitskampfs in der Druckindustrie. Ein Verlag, dessen Zeitung infolge der Blockade nicht gedruckt werden konnte, verklagte die den Arbeitskampf führende Gewerkschaft auf Schadensersatz wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das BAG gab dem Verlag Recht, obwohl dieser am Arbeitskampf selbst nicht beteiligt war.

Eine Abgrenzung zur vorliegenden Entscheidung bereitet Probleme. Das BAG sieht einen entscheidenden Unterschied darin, dass der Streik in seinem Erscheinungsbild und seiner

Wirkungsweise nicht mit einer Betriebsblockade vergleichbar sei. Dem ist wiederum entgegenzuhalten, dass es darauf erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit ankommt. Bei der hier interessierenden Frage der Unmittelbarkeit ist es primär auf die Stoßrichtung der Gewerkschaft abzustellen, unabhängig davon, um welche Art der Betriebsstörung es sich handelt (Arbeitsniederlegung oder Blockade).

Auf die Stoßrichtung ging das BAG auch in seiner damaligen Entscheidung ein. Es stellte – allerdings ohne nähere Erläuterung – fest, dass die Stoßrichtung der Blockade nicht selektiv gegen die Druckerei, sondern gegen alle im Druckzentrum arbeitsteilig bei der Herstellung der Zeitung zusammenwirkenden Unternehmen gerichtet war. Den Umständen lasse sich nämlich entnehmen, dass es ihnen gerade darauf angekommen sei, das Erscheinen der Zeitung zu verhindern. Ebenso könnte man im vorliegenden Fall argumentieren, dass die Flughafen-Betreiber-Gesellschaft (FSG), die Flugsicherung (DFS) und die Klägerinnen (Fluggesellschaften) arbeitsteilig bei der Erbringung einer Leistung zusammenwirken (Beförderung von Passagieren), und daraus den Schluss ziehen, dass es der Gewerkschaft gerade darauf ankam, die Erbringung dieser Leistung zu verhindern. Das BAG hat diesen Schluss nicht gezogen. Dass allein der Streikaufruf, der auf die DFS beschränkt war, den Ausschlag gegeben hat (im Betriebsblockade-Fall fehlte eine vergleichbare Stellungnahme der Gewerkschaft), ist eher unwahrscheinlich. Es spricht mehr dafür, dass das BAG den damaligen Fall heute anders entschieden hätte. Jedenfalls bringt die vorliegende Entscheidung – entgegen dem eigenen Bekunden des Senats – eine Akzentverschiebung zugunsten der Arbeitnehmerseite mit sich.

III. Die Ausführungen des BAG zu § 826 BGB liegen wiederum vollständig auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Seit die Obergerichte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB etabliert haben, spielt § 826 BGB im Kontext des Arbeitskampfs kaum eine praktische Rolle mehr (vgl. Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 15 Rn. 5 f.). Angesichts seiner hohen Anspruchsvoraussetzungen kann § 826 BGB bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen nur in speziellen Ausnahmefällen zum Zuge kommen. Ein solcher lag hier nicht vor.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Steht die Haftung einer streikführenden Gewerkschaft für Schäden nicht bestreikter Unternehmen in Frage, kommt es auf der Ebene der Rechtsgutsverletzung darauf an, ob ein unmittelbarer Eingriff in deren Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bejaht werden kann. Dabei misst das BAG dem Inhalt des Streikaufrufs eine zentrale Bedeutung zu. Für die Praxis bedeutet dies, dass sich Schadensersatzansprüche nicht im Streikaufruf genannter Drittunternehmen nur in Ausnahmefällen auf § 823 Abs. 1 BGB stützen lassen.

II. Dahinter steht offenkundig die Absicht des BAG, das Haftungsrisiko der Gewerkschaften für Drittschäden zu begrenzen. Die Haftung soll nicht allein von der Frage der Rechtmäßigkeit des Streiks (Rechtfertigung der Rechtsgutsverletzung nach Art. 9 Abs. 3 GG) abhängen. Dieser Ansatz ist durchaus nachvollziehbar. Schließlich lassen sich gerichtliche Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit von Streiks, insbesondere von Unterstützungstreiks (wie vorliegend), im Einzelfall oft schwer vorhersehen. Gerade die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne, also die Gewichtung der kollidierenden Interessen, ist stark von der subjektiven Bewertung des entscheidenden Gerichts abhängig. Hier wird der Gewerkschaft – anders als bei der Frage der Geeignetheit und der Erforderlichkeit – keine Einschätzungsprärogative eingeräumt; die gerichtliche Kontrolle ist also nicht auf Evidenzfälle beschränkt (st. Rspr, siehe stv. BAG, Urt. v. 19.06.2007 - 1 AZR 396/06 - NZA 2007, 1055 Rn. 26 ff.). Daher kann sich die Einschätzung der Gewerkschaft hinsichtlich des Ausgangs des Rechtsstreits selbst bei einer noch so guten Rechtsberatung nachträglich als unzutreffend herausstellen. Würde die Gewerkschaft in einem solchen Fall nicht nur für die Schäden des bestreikten Unternehmens, sondern auch für Schäden von Dritt-Unternehmen haften, würde man ihr ein Risiko aufbürden, das bis hin zur Existenzbedrohung reichen kann (vgl. LArbG Frankfurt, Urt. v. 05.12.2013 - 9 Sa 592/13 Rn. 138). Dies würde aber die Arbeitskampfbereitschaft gerade kleinerer Gewerkschaften erheblich senken. Diese wäre in der Ausübung ihrer Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) eingeschränkt; die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wäre beeinträchtigt.

III. Als alternativer Anknüpfungspunkt für eine Begrenzung des Haftungsrisikos der Gewerkschaft kommt das Verschuldenserfordernis des § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Denkbar wäre, rechtliche Fehleinschätzungen der Gewerkschaft (insbesondere hinsichtlich der Frage der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) als beachtlichen Rechtsirrtum einzustufen. Hierfür zeigt sich das BAG inzwischen zwar durchaus offen. Während die streikführende Gewerkschaft nach früherer BAG-Rechtsprechung das Risiko der Rechtswidrigkeit trug (vgl. BAG, Urt. v. 31.10.1958 - 1 AZR 632/57 - NJW 1959, 356), liegen die Hürden für die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums nun deutlich tiefer (vgl. BAG 21.03.1978 - 1 AZR 11/76 - NJW 1978, 2114, 2115 f.; BAG, Urt. v. 10.12.2002 - 1 AZR 96/02 - NZA 2003, 734, 741; BAG, Urt. v. 19.06.2012 - 1 AZR 775/10 - NZA 2012, 1372, 1378; vgl. hierzu auch Czerny/Frieling, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a, unter E.; Willemsen/Mehrens, NZA 2013, 1400, 1402). Jedoch betont das BAG dabei, die Gewerkschaft dürfe bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit von ihrem Streikrecht „nur in maßvollem Rahmen“ Gebrauch machen. Mit dieser Einschränkung dürften auch Streiks angesprochen sein, die nicht nur Schäden im bestreikten Unternehmen, sondern darüber hinaus Schäden bei Drittunternehmen hervorrufen. In diesen Fällen dürfte das Risiko eines Rechtsirrtums wieder ein Stück weit auf die Seite der Gewerkschaft zurückverlagert sein. Führt die Gewerkschaft einen solchen Streik trotz Zweifeln an der Rechtmäßigkeit durch, wird ein Verschulden regelmäßig zu bejahen sein. Dann bleibt es dabei: Die Haftung hängt maßgeblich von der Frage der Rechtsgutverletzung (Unmittelbarkeit des Eingriffs) ab.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

In der vorliegenden Konstellation kam auch eine vertragliche Haftung der Gewerkschaft nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wegen der Verletzung einer tarifvertraglichen Friedenspflicht in Betracht (vgl. hierzu Scharff, BB 2015, 1845, 1849 f.). Die h.M. geht davon aus, dass der schuldrechtliche Teil eines Tarifvertrags, zu dem die Friedenspflicht gehört, vertragliche Schutzpflichten gegenüber Dritten entfalten kann (vgl. stv. Ricken in: Mün-

chener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 200 Rn. 33; das BAG geht sogar von einem Vertrag zugunsten Dritter aus, BAG, Urt. v. 10.12.2002 - 1 AZR 96/02 - NZA 2003, 734, 739).

Das BAG lehnte es vorliegend allerdings unter Berufung auf § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO ab, über diesen Anspruch in der Sache zu entscheiden, da die Klägerinnen ihren Antrag nur auf deliktische Tatbestände gestützt hätten. Da der Anspruch vom Bestehen einer tarifvertraglichen Vereinbarung und deren Auslegung abhängt, handele es sich um einen anderen Lebenssachverhalt und damit um einen eigenständigen Streitgegenstand. Dies kann nicht überzeugen. Der Lebenssachverhalt, auf den die Klägerinnen ihren Schadensersatzanspruch stützen, ist allein der von der Beklagten geführte Fluglotsenstreik. Dieser kann einerseits eine unerlaubte Handlung im Sinne des Deliktsrechts, andererseits eine vertragliche Pflichtverletzung darstellen. Da § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Gerichte gerade nicht an die rechtliche Begründung des Klägers und damit auch nicht an die von ihm geltend gemachte materielle Anspruchsgrundlage bindet (vgl. Saenger in: Saenger, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 308 Rn. 7), hätte das BAG hier über den Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entscheiden müssen (vgl. auch BAG, Urt. v. 13.02.1975 - 3 AZR 211/74 - AP Nr 2 zu § 308 ZPO, unter II. 1. der Gründe).

Dies tat das BAG allerdings in der teilweise parallelen Entscheidung vom selben Tag (BAG, Urt. v. 25.08.2015 - 1 AZR 875/13). Es lehnte den Anspruch dort mit der Begründung ab, dass die Klägerinnen nicht Mitglieder des tarifschließenden Arbeitgeberverbands gewesen seien. Sonstige Dritte seien aufgrund der Relativität der Friedenspflicht regelmäßig nicht von deren Schutzwirkung erfasst. Zwar könne die Auslegung des Tarifvertrags ausnahmsweise auch ergeben, dass die Friedenspflicht auch Schutzwirkung gegenüber Nicht-Verbandsmitgliedern entfalte. Für eine solche Auslegung fehlten hier allerdings besondere Anhaltspunkte (im Ergebnis ebenso LArbG Frankfurt, Urt. v. 25.04.2013 - 9 Sa 561/12 - LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a, unter II. 6. der Gründe; vgl. zu dieser Problematik auch Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 341 f.; Scharff, BB 2015, 1845, 1849 f.).

Auswahl der Person der oder des Einigungsstellenvorsitzenden

Leitsatz:

Zur Berücksichtigung der Vorstellungen der Betriebsparteien bei der gerichtlichen Bestellung der oder des Vorsitzenden einer Einigungsstelle.

Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.06.2015, 21 TaBV 745/15

von **Martin Bertzbach**, Präsident LArbG a.D.

A. Problemstellung

Ist ein Gericht an die von einer Betriebspartei beantragte Bestellung eines/einer Vorsitzenden einer Einigungsstelle im Beschlussverfahren nach § 99 ArbGG gebunden, und unter welchen Voraussetzungen kann es von den Anträgen abweichen?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beteiligte zu 2) – Arbeitgeberin – ist ein Textileinzelhandelsunternehmen mit bundesweit etwa 400 Filialen, darunter die Filiale 765 in Berlin. Der Beteiligte zu 1) ist der für Filiale 765 gebildete Betriebsrat. Für die Filiale 765 läuft seit längerer Zeit ein Einigungsstellenverfahren zur Regelung von Fragen der betriebsärztlichen Betreuung unter dem Vorsitz der Richterinnen E.S., dessen Abschluss noch nicht absehbar ist. Außerdem läuft ein Einigungsstellenverfahren unter dem Vorsitz von Frau S. für eine andere Filiale derselben Arbeitgeberin in Berlin zum Thema Raumklima. Einen im Rahmen dieses Einigungsstellenverfahrens unter Mitwirkung von Frau S. gefällten Spruch hatte die Arbeitgeberin wegen Überschreitens der Grenzen des Ermessens der Einigungsstelle erfolgreich angegriffen. Der Betriebsrat schlug der Arbeitgeberin vor, den Regelungsgegenstand der Einigungsstelle zur betriebsärztlichen Betreuung um Fragen der Betreuung durch eine Fachkraft für Arbeitssicherheit zu erweitern, da die in der Unfallverhütungsvorschrift 2 „Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit“ der Gesetzli-

chen Unfallversicherung (DGUV-V2) vorgesehenen Betreuungszeiten zwischen der Betriebsärztin oder dem Betriebsarzt und der Fachkraft für Arbeitssicherheit aufzuteilen seien und daher zwischen den Regelungsgegenständen ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Die Arbeitgeberin ging auf den Vorschlag nicht ein.

Daraufhin hat der Betriebsrat beim ArbG Berlin ein Verfahren zur Einsetzung einer weiteren Einigungsstelle zum Thema sicherheitstechnische Betreuung eingeleitet und als Vorsitzende der Einigungsstelle Frau S. beantragt.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, Frau S. sei für den Vorsitz der Einigungsstelle besonders geeignet, weil sie nicht nur eine erfahrene Richterin und Einigungsstellenvorsitzende und zweifellos unparteiisch und objektiv sei, sondern auch hinsichtlich der streitigen Mitbestimmungsrechte und Rechtsgrundlagen versiert und mit den Verhältnissen bei der Arbeitgeberin auch hinsichtlich der Filiale 765 bestens vertraut. Aufgrund ihres Vorsitzes in der Einigungsstelle zur betriebsärztlichen Betreuung und des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen diesem und dem hier in Rede stehenden Regelungsgegenstand sei sie – nicht zuletzt auch aus Gründen der Kostenschonung – für den Vorsitz der beantragten Einigungsstelle gerade zu prädestiniert.

Die Arbeitgeberin hat im Wesentlichen geltend gemacht, die vom Betriebsrat vorgeschlagene Vorsitzende der Einigungsstelle komme für sie nicht in Betracht. Frau S. genieße nicht ihr Vertrauen, da sie in dem Einigungsstellenverfahren der Filiale 680 einen Spruch mitgetragen habe, der die Arbeitgeberinteressen nicht angemessen berücksichtigt habe. Sie hat die Einsetzung des pensionierten Richters, Herrn E., beantragt.

Der Betriebsrat hat hiergegen eingewandt, auf das subjektive Vertrauen der Betriebsparteien in die Person der oder des Vorsitzenden komme es nicht an, sondern allein auf deren Neutralität und Unparteilichkeit. Einen Befangenheitsantrag gegen Frau S. habe die Arbeitgeberin weder in dem laufenden Einigungsstellenverfahren der Filiale 765 noch in dem fortgesetzten Einigungsstellenverfahren der Filiale 680 gestellt. Im Übrigen sei das Gericht an den Vorschlag der antragstellenden Betriebspartei gebunden.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats entsprochen und Frau S als Vorsitzende der Einigungsstelle eingesetzt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Arbeitgeberin mit der Begründung, wesentlich für die Funktion der oder des Vorsitzenden sei, dass die oder der Vorsitzende das Vertrauen beider Betriebsparteien genieße. Lehne eine Betriebspartei den Vorschlag der anderen Betriebspartei ab, sei dies zu respektieren. Die Offenlegung der konkreten Gründe könne nicht verlangt werden, weil dies im Fall einer Bestellung der abgelehnten Person die Verhandlungen erheblich belasten könnte. Vorliegend fuße das fehlende Vertrauen zudem darauf, dass nach ihrer Auffassung die vom Betriebsrat vorgeschlagene Vorsitzende in dem Einigungsstellenverfahren der Filiale 680 auch das Recht fehlerhaft angewendet habe. Sie hat weiter darauf verwiesen, eine nähere Konkretisierung der Ablehnungsgründe sei ihr auch deshalb nicht zuzumuten, da dies die Verhandlungen in den noch laufenden Einigungsstellenverfahren belasten könnte.

Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg. Es wurde ein von keiner Partei vorgeschlagener bzw. beantragter Richter sondern ein Dritter, Herr R., ebenfalls Richter, eingesetzt.

Das Landesarbeitsgericht vertritt die Auffassung, dass bei der Bestellung eines Einigungsstellenvorsitzenden das Arbeitsgericht nicht an die Anträge oder Vorschläge der Beteiligten in dem Sinne gebunden sei, dass es dem Antrag nur entsprechen oder ihn zurückweisen kann. § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO finde nach den §§ 46 Abs. 2, § 80 ArbGG zwar grundsätzlich auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren Anwendung. Dies gelte nach § 99 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, der auf § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG verweist, jedoch nicht für die Bestellung der oder des Vorsitzenden im Einigungsstelleneinsetzungsverfahren. Denn nach § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG könne sich das Arbeitsgericht nicht darauf beschränken, zu entscheiden, ob die von den Betriebsparteien jeweils vorgeschlagenen Personen die Anforderungen an den Vorsitz erfüllen, und im Fall, dass beide geeignet sind, welche die geeignetere ist. Es habe vielmehr, sofern die Einigungsstelle nicht offensichtlich unzuständig ist, gegebenenfalls gestaltend tätig zu werden und in jedem Fall eine Vorsitzende oder einen Vorsitzenden zu bestellen. Dem-

entsprechend sei es – gleichwohl üblich – für die Bestimmtheit des Antrages auch nicht erforderlich, eine bestimmte Person für den Vorsitz im Antrag zu benennen.

Das bedeutet jedoch nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht, dass es sich bei den Vorschlägen der Betriebsparteien um bloße Anregungen ohne jede Bindungswirkung handelt und das Arbeitsgericht die Vorsitzende oder den Vorsitzenden nach freiem Ermessen bestellen könnte. Vielmehr sei das Auswahlermessen des Gerichts, wenn die antragstellende Betriebspartei eine bestimmte grundsätzlich geeignete Person für den Vorsitz vorgeschlagen hat, von der anderen Betriebspartei keine oder keine nachvollziehbaren Einwände erhoben werden und sich auch dem Gericht keine Bedenken hinsichtlich der Geeignetheit aufdrängen, eingeschränkt. Denn wenn es keine Bedenken gibt, so das Landesarbeitsgericht, gibt es regelmäßig auch keinen Grund, die vorgeschlagene Person nicht zu bestellen. Ein bloßes „Nein“, nur schlagwortartige Einwände oder reine Mutmaßungen sind nicht ausreichend. Vielmehr sind zumindest aus subjektiver Sicht der jeweils anderen Betriebspartei nachvollziehbare, auf Tatsachen beruhende Einwände bzw. verifizierbare Bedenken erforderlich. Es gebe kein schützenswertes Interesse, einen Vorschlag ohne beachtlichen Grund nur deshalb abzulehnen und der vorgeschlagenen Person das erforderliche Vertrauen vorzuenthalten, weil der Vorschlag von der jeweils anderen Betriebspartei kommt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die in Betracht kommenden Kandidatinnen und Kandidaten ohne jeden Grund in Misskredit gebracht werden. Dies sei mit der Rolle und Funktion der oder des Vorsitzenden als unabhängig und unparteiisch agierende Person nicht zu vereinbaren. Zudem wäre die antragstellende Betriebspartei, wenn sie eine bestimmte Person für die Übernahme des Vorsitizes im konkreten Einzelfall für besonders geeignet hält, gezwungen, diesen Vorschlag zunächst zurückzuhalten und stattdessen eine andere, nicht favorisierte Person vorzuschlagen und deren Einverständnis einzuholen, um dann, wenn die andere Betriebspartei den Vorschlag routinemäßig abgelehnt hat, die eigentlich favorisierte Person ins Spiel zu bringen. Die Notwendigkeit eines solchen taktischen Vorgehens sei weder der antragstellenden Betriebspartei noch den betroffenen Kandidatinnen oder Kandidaten zumutbar und passt

auch nicht zu einem förmlichen rechtsstaatlichen Verfahren.

Aus diesem Grund ist nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch der teilweise vertretenen Ansicht nicht beizutreten, dass bei divergierenden Vorschlägen auch ohne nähere Darlegung der Vorbehalte gegen den Vorschlag der jeweils anderen Betriebspartei regelmäßig eine dritte Person zu bestellen sei. Allerdings, so fährt das Landesarbeitsgericht fort, dürfen, da dem Vertrauen beider Betriebsparteien in die Kompetenz und Unparteilichkeit des Vorsitzenden wesentliche Bedeutung für eine erfolgreiche Verhandlungsführung zukommt an die Substantiierung der Bedenken keine hohen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere bedarf es im Fall des Bestreitens keiner Beweisaufnahme. Ausreichend ist vielmehr die Darlegung nachvollziehbarer, auf Tatsachen beruhender subjektiver Vorbehalte, die ernsthaft und nicht nur vorgeschoben erscheinen. Der Auffassung des Betriebsrats, dass die Vorbehalte nach ihrer Art und ihrem Gewicht einem Ablehnungsgrund wegen der Besorgnis der Befangenheit entsprechen, folgt das Landesarbeitsgericht ausdrücklich nicht, ebenso wenig wie der in der Literatur vertretenen Meinung, dass die Betriebspartei, die Bedenken erhebt, die betreffende Person in einem anderen Einigungsstellenverfahren bereits wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt hat (vgl. Henssler in: HK-ArbR, § 98 ArbGG Rn. 13; Treber in: Hümmerich/Boecken/Düwell, ArbGG, § 98 Rn. 8).

Von dieser Auffassung macht das Landesarbeitsgericht eine Ausnahme: Keiner näheren Darlegung der Ablehnungsgründe bzw. Vorbehalte gegen eine für den Vorsitz vorgeschlagenen Person bedarf es danach, wenn dies für die Betriebspartei unzumutbar ist, weil sie befürchten muss, dadurch könnten die Verhandlungen in einer Einigungsstelle unter dem Vorsitz der betreffenden Person belastet werden. Dafür reiche zwar noch nicht die Möglichkeit, dass eine abgelehnte Person gleichwohl eingesetzt wird, da es sich hierbei lediglich um eine theoretische Möglichkeit handle. Denn wenn eine Betriebspartei tatsächlich ernsthafte Einwände gegen die Person einer oder eines vorgeschlagenen Vorsitzenden vorbringt, dürfte die Gefahr, dass diese gleichwohl rechtskräftig bestellt wird, äußerst gering sein. Soweit die Einwände nicht durchgreifen und die vorgeschlagene Person aufgrund der Art der Vorbehalte

ihrerseits die erforderliche Vertrauensbasis vermisst, könne sie die Übernahme des Vorsitzes jederzeit ablehnen. Anders verhalte es sich wiederum, wenn in dem Betrieb parallel zu der beantragten Einigungsstelle noch eine weitere Einigungsstelle unter dem Vorsitz der betreffenden Person laufe. In diesem Fall kann nach Meinung des Landesarbeitsgerichts von der Betriebspartei nicht erwartet werden, dass sie ihre Einwände im Einzelnen offenbart. Je nach den Umständen könne dies auch dann gelten, wenn die weitere Einigungsstelle einen anderen Betrieb derselben Arbeitgeberin betrifft. Im Ergebnis hat das Landesarbeitsgericht den Vortrag der Arbeitgeberin und des Betriebsrats für ausreichend gehalten, um die vom Arbeitsgericht eingesetzte Richterin nicht als Einigungsvorsitzende zu bestellen, aber auch den von der Arbeitgeberin benannten Vorsitzenden nicht einzusetzen, sondern einen Dritten.

C. Kontext der Entscheidung

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein von einer Betriebspartei vorgeschlagener Vorsitzender der Einigungsstelle durch ein Gericht eingesetzt werden kann, auch wenn die andere Partei Bedenken erhebt, beschäftigt die Landesarbeitsgerichte immer wieder. Die Auffassungen gehen hier weit auseinander. So hat das LArbG Bremen entschieden, dass sich die Gerichte auch im Beschlussverfahren nach § 98 ArbGG unter Berücksichtigung des § 83 ArbGG an die gestellten Anträge halten müssen; daraus folge, dass der Antrag auf Einsetzung eines bestimmten Einigungsstellenvorsitzenden nicht schon per se unbegründet ist, weil der Vorsitzende „nur“ von einer Betriebspartei im Antrag genannt wurde. Das Gericht solle nur dann von einem gestellten Antrag abweichen, wenn erhebliche Gründe vorliegen, die dafür sprechen, dass der vorgeschlagene Einigungsstellenvorsitzende sein Amt nicht sachgerecht ausüben kann. (LArbG Bremen, Beschl. v. 01.07.1988 - 4 TaBV 15/88 - AiB 1988, 315; AR-Blattei Einigungsstelle Entsch. 35, so auch LArbG Hamburg, Beschl. v. 08.05.1995 - 7 TaBV 2/95; LArbG Hamburg, Beschl. v. 27.10.1997 - 4 TaBV 6/97; LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.01.2010 - 10 TaBV 2829/09). Solche Gründe könnten z.B. in den Befangenheitsvorschriften der ZPO gesehen werden (LArbG Bremen, Beschl. v. 01.07.1988 - 4 TaBV 15/88). Die entgegengesetzte Auffassung geht davon

aus, dass eine Bindung an den Vorschlag eines der Beteiligten im Bestellungsverfahren gar nicht besteht. Diese Auffassung beruft sich auf den Wortlaut des § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG und den Zweck der Regelung, die fehlende Einigung der Betriebsparteien auf eine der wechselseitig vorgeschlagenen Personen durch autoritativen Spruch des Gerichts zu ersetzen. Damit werde dem jeweiligen Antragsteller nichts zugesprochen, was dieser nicht beantragt habe, „sondern kraft gesetzlicher Ermächtigung gestaltend in die Rechtsbeziehung der Beteiligten eingegriffen“. Deshalb könne es auch nicht darauf ankommen, welche Seite nach dem sog. „Windhundprinzip“ zuerst einen Einsetzungsantrag bei Gericht angebracht oder etwa schon bei den vorangegangenen Verhandlungen einen personellen Vorschlag unterbreitet habe. Dies müsse selbst dann gelten, wenn die Gegenseite keine konkreten Bedenken gegen die vorgeschlagene Person geltend gemacht habe. Denn die Vorschläge beider Seiten seien Ausdruck besonderen Vertrauens, das zugleich für die jeweils andere Seite einen entsprechenden Vorbehalt gegen die vorgeschlagene Person zu begründen pflege, den es zu respektieren gelte. Nur so lasse sich die erforderliche Akzeptanz eines notfalls stimmberechtigten Verhandlungsführers erreichen, dessen vornehmliche Aufgabe darin bestehe, eine Einigung herbeizuführen (LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.06.2010 - 6 TaBV 901/10 - LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 59; LArbG Kiel, Beschl. v. 04.09.2002 - 4 TaBV 8/02 - AP Nr. 13 zu § 98 ArbGG 1979, zu II.2.2.2. der Gründe), und eine unnötige Belastung des nachfolgenden Verfahrens vor der Einigungsstelle vermeiden (LArbG Mainz, Beschl. v. 15.05.2009 - 9 TaBV 10/09; Schleweing in: Germelmann u.a., ArbGG, § 98 Rn. 14 und 23).

Die 21. Kammer vertritt in der vorliegenden Entscheidung eine vermittelnde Auffassung. Das Auswahlermessen des Gerichts ist danach nicht frei, wenn der Antragsteller eine bestimmte Person vorgeschlagen hat und vom anderen Beteiligten keine oder keine nachvollziehbaren Einwände erhoben werden und sich auch dem Gericht keine Bedenken hinsichtlich der Fachkunde und der Unparteilichkeit des Vorsitzenden stellen. Eine nur schlagwortartige Ablehnung reicht nach dieser Auffassung nicht aus (vgl. dazu auch LArbG Nürnberg, Beschl. v. 02.07.2004 - 7 TaBV 19/04 - NZA-RR 2005, 100; LArbG Frankfurt, Beschl. v. 23.06.1988 - 12 TaBV 66/88 - ArbuR 1989, 186; LArbG Hannover, Beschl. v.

22.10.2013 - 1 TaBV 53/13 Rn. 19 - LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 68; LArbG Mainz, Beschl. v. 08.03.2012 - 11 TaBV 12/12 Rn. 55 - ZBVR online 2012, Nr. 10, 10; LArbG Stuttgart, Beschl. v. 30.09.2010 - 15 TaBV 4/10 Rn. 55 - ZBVR online 2011, Nr. 4, 9, m. zust. Anm. Bertzbach, jurisPR-ArbR 9/2011 Anm. 2; LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.06.2010 - 10 TaBV 1058/10 Rn. 36 - LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 60; LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.01.2010 - 10 TaBV 2829/09 Rn. 47 - LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 56; LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07.08.2008 - 14 TaBV 1212/08 Rn. 31; Koch in: ErfKomm, § 99 ArbGG Rn. 5; Bepler in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, § 98 ArbGG Rn. 7; Treber in: Hümmerich/Boecken/Düwell, ArbGG, § 98 Rn. 8; Henssler in: HK-ArbR, § 98 Rn. 12). Erst recht reicht kein bloßes „Nein“ (LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.09.2014 - 15 TaBV 1308/14 Rn. 10; LArbG Hannover, Beschl. v. 22.10.2013 - 1 TaBV 53/13 Rn. 19; LArbG Stuttgart, Beschl. v. 30.09.2010 - 15 TaBV 4/10 Rn. 55).

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie verhindert, dass Vorsitzende schon deshalb als „verbrannt“ gelten, weil sie von einer Partei vor dem Anhörungstermin „ins Spiel gebracht“ wurden, sie zwingt die ablehnende Partei die Gründe für die Ablehnung offenzulegen und sich nicht auf eine reine Blockade zu verlegen und sie gibt dem Gericht die Möglichkeit, sachlich mit den Parteien die Ablehnungsgründe zu erörtern und so Vorbehalte u.U. abzubauen. Richtig ist auch die Auffassung der 21. Kammer des LArbG Berlin-Brandenburg, dass die Darlegung nachvollziehbarer, auf Tatsachen beruhender subjektiver Vorbehalte, die ernsthaft und nicht nur vorgeschoben erscheinen, ausreicht und dass es keiner näheren Darlegung der Ablehnungsgründe bzw. Vorbehalte gegen eine für den Vorsitz vorgeschlagenen Person bedarf, wenn dies für die Betriebspartei unzumutbar ist, weil sie befürchten muss, dadurch könnten die Verhandlungen in einer anderen Einigungsstelle unter dem Vorsitz der betreffenden Person belastet werden (so auch LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.06.2015 - 21 TaBV 745/15 Rn. 39).

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Streit um den Vorsitzenden einer Einigungsstelle in einem Beschlussverfahren nach § 99 BetrVG führt häufig dazu, dass keine

der Betriebsparteien den/die Vorsitzende/n „bekommt“, den sie gerne haben möchte. Dringend zu empfehlen ist beiden Betriebsparteien die Einigung auf einen Vorsitzenden, zumal gerade, wenn es um die Einsetzung von Richtern geht, viele in Betracht kommende Richter den Vorsitz der Einigungsstelle nur dann übernehmen, wenn über ihre Person nicht gestritten wird. Für „das Standing“ des Vorsitzenden, für seine Möglichkeiten eine Einigung in dem Einigungsstellenverfahren zu erzielen, ist die Einigung auf eine Person von großer Bedeutung.

5

Anspruch auf Gewährung eines höheren Branchenzuschlags auf Grundlage des TV BZ Chemie

Orientierungssatz zur Anmerkung:

§ 6 Abs. 2 TV BZ Chemie stellt nach dem Wortlaut und der Systematik eine Ausnahmeregelung zu § 6 Abs. 1 TV BZ Chemie dar; in § 6 TV BZ Chemie haben die Tarifvertragsparteien eine abschließende Regelungen zur Anrechnung von vor dem Inkrafttreten des Branchentarifvertrages abgeleisteten Einsatzzeiten des überlassenen Arbeitnehmers im Kundenbetrieb getroffen.

Anmerkung zu LArbG Frankfurt, Urteil vom 15.04.2015, 3 Sa 537/14

von **Dr. Alexander Bissels**, RA und FA für Arbeitsrecht, CMS Hasche Sigle, Köln

A. Problemstellung

Die tariflichen Branchenzuschläge, die in der Zeitarbeitsbranche für eine Angleichung der den überlassenen Arbeitnehmern gewährten Vergütung an das Entgelt der im Einsatzbetrieb tätigen Stammmitarbeiter des Kunden sorgen sollen, sind aufgrund der Neuartigkeit dieses „Vehikels“ zur Umsetzung des in § 10 Abs. 4 AÜG an sich zwar vorgesehenen, aber in der Praxis in nahezu allen Fällen abbedungenen Equal Pay-Grundsatzes streitanfällig (vgl. den Rechtsprechungsüberblick von Bissels/Mehnert, DB 2014, 2407). Die Höhe der von dem Personaldienstleister zu gewährenden ta-

riflichen Branchenzuschläge knüpft an die ununterbrochene Einsatzdauer im Kundenbetrieb an (15% nach sechs Wochen bis zu maximal 50% nach neun Monaten für die tariflichen Entgeltgruppen 1 und 2, vgl. § 2 Abs. 2, 3 des Tarifvertrages über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Chemischen Industrie, nachfolgend kurz: TV BZ Chemie).

Das LArbG Frankfurt musste sich mit der Anrechnung von Überlassungszeiten befassen, die vor dem Inkrafttreten des TV BZ Chemie am 01.11.2012 abgeleistet wurden und – würden diese als relevant qualifiziert – im Ergebnis zu einer Erhöhung der arbeitgeberseits zu gewährenden Leistungen nach dem TV BZ Chemie geführt hätten.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In der Zeit von Juli 2012 bis November 2013 war die klagende Zeitarbeiterin von dem Personaldienstleister an verschiedene Kundenunternehmen überlassen. Auf das Arbeitsverhältnis wurde – insoweit unstreitig – der TV BZ Chemie angewendet. Dabei war sie vom 28.07. bis zum 02.09.2012 und vom 19.10. bis zum 31.10.2012 bei A eingesetzt. An diesen Kundenbetrieb, der der Chemischen Industrie zuzuordnen ist, hat die Beklagte die Klägerin auch in folgenden Zeiten entliehen:

- und 02.11.2012,
- 12.11.2012 bis 17.01.2013,
- 26.03. bis 12.04.2013,
- 15.05. bis 29.05.2013,
- 04.06. bis 20.06.2013,
- 26.06. bis 05.07.2013,
- 05.08. bis 13.09.2013,
- 24.09. bis 19.10.2013,
- 25.10. und 26.10.2013 sowie
- ab dem 04.11.2013.

Die Beklagte hat der in der tariflichen EG 1 eingruppierten Klägerin im Zeitraum zwischen dem 27.08. und 18.11.2013 einen Branchenzuschlag i.H.v. 30% (3. Stufe ab dem 5. vollendeten Monat des Einsatzes im Kundenbetrieb gem. § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie) und ab dem 19.11.2013 i.H.v. 40% (4. Stufe ab dem 7. vollendeten Monat des Einsatzes im Kundenbetrieb gem. § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie) auf die von der Mitarbeiterin bei A geleisteten Einsatzstunden gezahlt. Entsprechend der Vereinbarung zwischen der

Beklagten und A war der Einsatz der Klägerin im dortigen Betrieb bis zum 13.09.2013 vorgesehen. Mangels Anforderung durch den Kunden hat die Beklagte den Einsatz der Klägerin in Absprache mit A zum 13.09.2013 beendet, ab dem 24.09.2013 wurde die Klägerin von A wieder angefordert und insoweit ein neuer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen. Die Klägerin war im Zeitraum vom 09.09. bis 20.09.2013 arbeitsunfähig erkrankt.

Die Zeitarbeitnehmerin macht geltend, dass ihr ein Branchenzuschlag i.H.v. 50% auf den tariflichen Grundlohn (5. Stufe ab dem 9. vollendeten Monat des Einsatzes im Kundenbetrieb gem. § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie) für die Monate September bis zum 18.11.2013 zusteht. Die Beklagte habe die relevanten Einsatzzeiten, die letztlich für die Bestimmung der Stufen nach dem TV BZ Chemie relevant seien, fehlerhaft bestimmt. Der Personaldienstleister vertritt hingegen unter Hinweis darauf, dass der TV BZ Chemie erst zum 01.11. 2012 in Kraft getreten sei, die Ansicht, dass erst ab diesem Zeitpunkt die Einsatzzeiten in einem Kundenbetrieb für die Berechnung der einzelnen Stufen des Branchenzuschlages maßgeblich seien. Das ArbG Darmstadt (Urt. v. 01.04.2014 - 3 Ca 528/13) hatte die Klage abgewiesen.

Das LArbG Frankfurt hat die dagegen von der Klägerin eingelegte Berufung zurückgewiesen. Dieser stehe der geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht – auch nicht aus § 2 TV BZ Chemie – zu. Die Nichtberücksichtigung der Einsatzzeiten der Klägerin bei A vor dem 31.10.2012 ergebe sich grundsätzlich daraus, dass der TV BZ Chemie erst zum 01.11.2012 in Kraft getreten sei. Zeiten der Überlassung für die Berechnung des Branchenzuschlages im jeweiligen Kundenbetrieb begönnen zu diesem Zeitpunkt neu zu laufen. Dies entspreche § 6 Abs. 1 TV BZ Chemie.

Ein anderes Ergebnis rechtfertigt sich auch nicht unter Berücksichtigung von § 6 Abs. 2 TV BZ Chemie. Danach gelte für Mitarbeiter, die am 01.11.2012 bereits sechs Wochen oder länger in einem ununterbrochenen Einsatz im Kundenbetrieb stünden, die erste Stufe nach § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie bereits ab dem 01.11.2012 als erfüllt. Diese Voraussetzung sei bei der Klägerin nicht erfüllt gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei sie – ausgehend von dem 19.10.2012 – im Kundenbetrieb von A weniger als zwei Wochen

ununterbrochen eingesetzt gewesen. Nach dem Wortlaut und der Systematik stelle § 6 Abs. 2 TV BZ Chemie eine Ausnahmeregelung zu § 6 Abs. 1 TV BZ Chemie dar; in § 6 TV BZ Chemie hätten die Tarifvertragsparteien eine abschließende Regelung im Zusammenhang mit der Einführung des Tarifvertrages und der Anrechnung von Voreinsatzzeiten getroffen.

Auch unter Beachtung von § 2 TV BZ Chemie habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung eines Branchenzuschlages i.H.v. 50% wegen der Vollendung eines neunmonatigen Einsatzes bei einem Kundenunternehmen. Sie habe mit Blick auf die Berechnung des Branchenzuschlages vertreten, dass nicht von einer taggenauen, sondern von einer monatsweisen Betrachtung auszugehen sei. Dieser Ansicht sei nicht zu folgen. Nach § 2 Abs. 2 TV BZ Chemie seien für die Frage, wann die nächst höhere Stufe des Branchenzuschlages erreicht werde, lediglich die tatsächlichen Einsatztage im jeweiligen Kundenbetrieb zu addieren und nicht der gesamte Zeitraum ab dem erstmaligen Einsatz. Dies ergebe die Auslegung des TV BZ Chemie. Nach der Protokollnotiz Nr. 2 würden Unterbrechungszeiten von weniger als drei Monaten nicht zu einer Erhöhung der Einsatzdauer führen. Diese Regelung sei dahin zu verstehen, dass einerseits Unterbrechungszeiten über drei Monaten bei einem Kundenbetrieb bewirkten, dass die Einsatzzeiten des Mitarbeiters in diesem Kundenbetrieb nicht addiert würden, sondern im Fall einer erneuten Überlassung bei null anfangen. Bei Unterbrechungszeiten von weniger als drei Monaten würden Einsatztage im jeweiligen Kundenbetrieb hingegen addiert.

Aus der Entscheidung des BAG vom 19.09.2007 (4 AZR 670/06) lasse sich – anders als die Klägerin meine – nicht ableiten, dass Protokollnotizen bei der Auslegung von Tarifverträgen nicht heranzuziehen seien. Inhaltlich beschäftige sich dieses Urteil mit der Frage, dass die Protokollnotiz zu einem bestimmten Tarifvertrag, die ausdrücklich mit diesem Tarifvertrag gekündigt worden sei, nur dann zum Inhalt des daraufhin später vereinbarten Folgetarifvertrages werde, wenn sie dort Eingang in den Vertragstext gefunden habe oder zumindest eine ausdrückliche Verweisung auf diese erfolgt sei. Aus der ständigen Rechtsprechung des BAG ergebe sich vielmehr, dass Protokollnotizen ein eigenständiger Teil des Tarifvertrages (Inhaltsnorm nach § 1 Abs. 1 TVG) sein könnten oder aber bei der Aus-

legung der tariflichen Regelungen zu berücksichtigen seien (vgl. BAG, Urt. v. 13.11.2014 - 6 AZR 1102/12; BAG, Urt. v. 19.09.2007 - 4 AZR 670/06).

Im September 2013 sei der Arbeitsunfähigkeitszeitraum der Klägerin vom 16. bis zum 20.09.2013 zudem nicht branchenzuschlagspflichtig, da deren Einsatz – entsprechend der Absprache zwischen der Beklagten und A – zum 13.09.2013 beendet worden sei.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des LArbG Frankfurt dürfte im Ergebnis richtig sein. Es wäre allerdings wünschenswert gewesen, wenn sich das Gericht etwas vertiefter mit der Frage befasst hätte, ob Einsatzzeiten, die vor dem Inkrafttreten des TV BZ Chemie abgeleistet wurden, anrechnungsfähig sind (mit der Folge, dass eine höhere Stufe für die Berechnung der Zuschläge schneller erreicht worden wäre). Richtig ist zwar, dass Einsatzzeiten nach § 6 TV BZ Chemie grundsätzlich nur nach Maßgabe der dort abschließend festgelegten Voraussetzungen Berücksichtigung finden können (so auch: LArbG Mainz, Urt. v. 24.04.2014 - 5 Sa 25/14; dazu Bissels, jurisPR-ArbR 35/2014 Anm. 3), jedoch neigen andere Gerichte wohl zu einer großzügigeren Auslegung, indem sie in die Anrechnungsvorschriften den Gedanken des § 2 Abs. 2 TV BZ Chemie „hineinlesen“ – mit der Folge, dass Unterbrechungszeiten von weniger als drei Monaten mit Blick auf die Anwendung des Branchenzuschlagstarifvertrages unschädlich sind, selbst wenn diese noch vor dem eigentlichen Inkrafttreten der tariflichen Vorschriften erbracht worden sind (in diese Richtung: LArbG Hamburg, Urt. v. 11.02.2014 - 2 Sa 51/13; dazu Bissels, jurisPR-ArbR 37/2014 Anm. 3). Vor diesem Hintergrund wäre es – im Sinne einer höheren Überzeugungskraft des Urteils des LArbG Frankfurt – sicherlich zweckdienlich gewesen, wenn sich dieses mit den o.g. Entscheidungen auseinandergesetzt hätte. Letztlich bleibt das Gefühl zurück, dass das Urteil aus Hessen nicht „rund“ oder „komplett“ wirkt.

Richtigerweise stellt das LArbG Frankfurt bei der Bestimmung der ununterbrochenen Einsatzdauer auf die Zahl der Tage ab, die der betreffenden Arbeitnehmer tatsächlich an einen Kunden überlassen war (unter Berücksichtigung

von § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie). Für eine ausschließlich „monatsweise“ Betrachtung gibt der TV BZ Chemie nichts her. Auch für die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit ist kein Branchenzuschlag zu zahlen. Dies gilt jedenfalls, wenn der Einsatz – wie geplant – vor oder während der Krankheit beendet wurde und dies nicht in einer rechtsmissbräuchlichen Absicht geschah, dem Arbeitnehmer durch die Abmeldung den Anspruch auf einen Branchenzuschlag bewusst zu entziehen (vgl. zu diesem Gedanken: LArbG Hamburg, Urt. v. 11.02.2014 - 2 Sa 51/13). Etwaige tarifliche Entgeltfortzahlungsvorschriften bleiben davon selbstverständlich unberührt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Gerade mit Blick auf die Anrechnung von Einsatzzeiten im Kundenbetrieb vor dem Inkrafttreten des jeweiligen Tarifvertrages zu Branchenzuschlägen folgt das LArbG Frankfurt der herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung, nach der § 6 Abs. 1, 2 TV BZ Chemie eine abschließende Regelung darstellt. Zeitarbeitnehmer können eine Voreinsatzzeit (und damit einen möglicherweise höheren Branchenzuschlag) nur geltend machen, wenn diese ununterbrochen vor dem Inkrafttreten des Tarifvertrages erbracht worden sind. Das LArbG Frankfurt hat die Revision – etwas überraschend – nicht zugelassen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht eingelegt worden, so dass die Entscheidung inzwischen rechtskräftig ist und eine höchstgerichtliche Klärung, wie Voreinsatzzeiten zu berücksichtigen sind und welche „Auswirkungen“ die Regelung in § 2 Abs. 2 TV BZ Chemie im Anwendungsbereich von § 6 TV BZ Chemie haben kann, noch aussteht.

Bis zu diesem Zeitpunkt verbleibt damit für die Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit, die – eingedenk der Tatsache, dass Klagen zu den Branchenzuschlagstarifverträgen (bislang zumindest) keine „Breitenwirkung“ angenommen haben – zumindest erträglich erscheint.

AGB-Kontrolle eines vertraglichen Widerrufsvorbehalts hinsichtlich der privaten Pkw-Nutzung

Leitsätze:

1. Zahlt der Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis mehr als eineinhalb Jahre lang anstandslos einen zusätzlichen Vergütungsbestandteil, trägt er die Darlegungs- und Beweislast, wenn er sich später darauf berufen will, die Zahlung hänge aufgrund einer mündlichen Vereinbarung mit der Arbeitnehmerin von bestimmten Voraussetzungen ab.

2. Die Arbeitnehmerin, der ein Dienstfahrzeug auch zur Privatnutzung überlassen worden ist, darf dieses auch während eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots weiternutzen.

3. Auch eine ohne Zustimmung der zuständigen Behörde ausgesprochene und damit offensichtlich unwirksame Kündigung gegenüber einer schwangeren Arbeitnehmerin berechtigt den Arbeitgeber nicht, das auch zur Privatnutzung überlassene Dienstfahrzeug herauszuverlangen.

Anmerkung zu LArbG Köln, Urteil vom 12.03.2015, 7 Sa 973/14

von **Prof. Dr. Dirk Beckmann**, RA, FA für Arbeitsrecht und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht / **Prof. Dr. Sebastian Krause**, RA und Notar

A. Problemstellung

Die Entscheidung befasst sich insbesondere mit der Frage der Entziehung eines Dienstfahrzeuges während des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes sowie einem vertraglichen Widerrufsvorbehalt hinsichtlich der Pkw-Nutzung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der widerklagende Arbeitgeber macht gegen die Klägerin Ansprüche aus einer Vergütungs-

überzahlung in Höhe von 150 Euro brutto monatlich geltend sowie Ansprüche auf sogenannte Vorhaltekosten wegen vermeintlich unberechtigter Pkw-Weiternutzung.

Zu der Gehaltsüberzahlung führte der Arbeitgeber aus, dass ein Betrag in Höhe von 150 Euro brutto als sogenannte „Nichtkrankheitsprämie“ anzusehen und gezahlt worden sei, wenn die Arbeitsunfähigkeit in einem Jahr nicht mehr als zehn Tage betragen habe.

Das Gericht hat diesen Anspruch mit dem Argument zurückgewiesen, dass der Arbeitgeber nicht substantiiert einen Ausnahmetatbestand dahingehend dargelegt habe, dass die zusätzliche Zahlung von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein sollte. Insbesondere seien die diesbezüglichen Darlegungen des Beklagten widersprüchlich, zumal die Zusatzzahlung im Laufe der Zeit unterschiedliche Bezeichnungen in der Gehaltsabrechnung erhalten habe. Da der Arbeitgeber als Auftraggeber den Inhalt der Vergütungsabrechnungen habe vorgeben können, müsse er sich daher an den darin verwendeten Bezeichnungen festhalten lassen.

Auch den Antrag auf Zahlung von Vorhaltekosten hat das Gericht abschlägig beschieden. Insofern sei zunächst zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Privatnutzung des Dienstfahrzeuges auch während eines Beschäftigungsverbotes grundsätzlich fortbestehe. Insbesondere sei das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht durch außerordentliche Kündigung beendet worden. Diese Kündigung sei wegen Verstoßes gegen § 11 MuSchG offensichtlich rechtsunwirksam gewesen, so dass auch die Berufung auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf einen Rückgabeanspruch ins Leere gehe. Schließlich könne sich der Arbeitgeber auch nicht darauf berufen, dass er sich in dem formularmäßigen Fahrzeugüberlassungsvertrag den jederzeitigen grundlosen Widerruf der Erlaubnis zur Privatnutzung vorbehalten hatte. Eine derartige Vertragsklausel halte einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307, 308 Nr. 4 BGB nicht Stand.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bewegt sich vollständig auf der Linie der bisher ergangenen Rechtsprechung und bekräftigt noch einmal die Entschei-

derung des BAG vom 11.10.2000 (5 AZR 240/99) dahingehend, dass der Anspruch auf die Privatnutzung eines Dienstfahrzeuges auch während eines Beschäftigungsverbots fortbesteht. Dass eine Vertragsklausel, nach der der jederzeitige und grundlose Widerruf der Erlaubnis zur Privatnutzung eines Pkw in einem formularmäßigen Fahrzeugüberlassungsvertrag einer Inhaltskontrolle nicht Stand hält, hat das BAG grundlegend in seiner Entscheidung vom 19.12.2006 (9 AZR 294/06) ausgeurteilt und fortgeführt in der Entscheidung vom 13.04.2010 (9 AZR 113/09).

Bekanntlich akzeptiert das BAG Widerrufsvorbehalte in AGB nur in engen Grenzen. Der Widerruf ist nur aus sachlichen Gründen möglich. Die Sachgründe müssen in der Vorbehaltsklausel klar benannt werden. Dabei reicht es nach der Entscheidung des BAG vom 13.04.2010 (9 AZR 113/09) nicht aus, vorzusehen, dass die Gebrauchsüberlassung aus „wirtschaftlichen Gründen“ widerrufen werden kann.

Jedenfalls muss der Widerruf im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen (BAG, Urt. v. 21.03.2012 - 5 AZR 651/10). Verlangt der Arbeitgeber zu Unrecht die vorzeitige Rückgabe vor dem Vertragsende, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Ersatz des entzogenen Vorteils, der nach der BAG-Entscheidung vom 19.12.2006 (9 AZR 294/06) mit monatlich 1% des Listenpreises des Kraftfahrzeuges im Zeitpunkt der Erstzulassung zu berechnen ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung enthält keine richtungsweisenden Neuerungen, bekräftigt allerdings noch einmal, dass an die Formulierung von Widerrufsklauseln hohe Maßstäbe anzulegen sind.