

nehmer ist, desto schneller kann das Widerspruchsrecht verirken. Umgekehrt können also mit fortschreitendem Zeitablauf auch die Anforderungen an das Umstandsmoment sinken.

Aufgrund des erst fast 15 Monate nach dem erfolgten Betriebsübergang und fast 16 Monate nach Zugang des Informationsschreibens erklärten Widerspruchs bejaht das BAG vorliegend das Zeitmoment. Dabei stellt der Senat im Einklang mit der allgemeinen Verwirkungsdogmatik zutreffend klar, dass das Zeitmoment nicht erst ab Kenntnis des Arbeitnehmers von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung bzw. vom Fortbestehen seines Widerspruchsrechts zu laufen beginnt, sondern der gesamte Zeitraum ab Entstehung des Widerspruchsrechts, jedenfalls aber der Zeitraum nach der aus der Sicht der Betriebsübertragungsparteien bereits abgelaufenen Widerspruchsfrist (d.h. einen Monat nach Unterrichtungszugang) zu würdigen ist. Als „verkürzendes“ Moment für das Zeitmoment stellt der Senat den vom Kläger mit dem Erwerber abgeschlossenen Aufhebungsvertrag heraus, da hierdurch ein besonders wichtiges Umstandsmoment gesetzt worden sei.

Das Umstandsmoment für die Verwirkung des Widerspruchsrechts ist nach den Feststellungen des Senats regelmäßig verwirklicht, wenn der Arbeitnehmer inzwischen beim Betriebserwerber über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses disponiert hat. Als relevante Dispositionen kommen dem BAG zufolge insbesondere Vereinbarungen oder Verhaltensweisen des Arbeitnehmers in Betracht, durch die es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, wie hier z.B. der Abschluss des Aufhebungsvertrags. Da eine bloß relative Wirkung der Verwirkung des Widerspruchsrechts nur gegenüber dem Veräußerer oder dem Erwerber ausgeschlossen ist, steht es dem Umstandsmoment nach zutreffender Ansicht des BAG auch nicht entgegen, wenn zunächst nur eine der Betriebsübertragungsparteien die maßgeblichen Tatsachen kennt. Insofern können sich Veräußerer und Erwerber wechselseitig auf die verwirklichungsrelevanten Umstände berufen, auch wenn sie aus der Sphäre der jeweils anderen Betriebsübertragungspartei stammen.

Praxisfolgen

Das BAG sieht den Abschluss eines Aufhebungsvertrages beim Erwerber als Anwendungsfall der Verwirkung, so dass neben der Verfügung über das Arbeitsverhältnis wie dargestellt zusätzlich auch ein Zeitmoment für den Ausschluss des Widerspruchsrechts verwirklicht sein muss. Mit der zum Teil befürworteten abweichenden dogmatischen Einordnung derartiger Tatbestände, die kein Erfordernis eines Zeitmoments beinhalten (s. *Rieble/Wiebauer*, NZA 2009, 401, 404ff. unter dem Gesichtspunkt einer Bestätigung der Arbeitgeberwahl durch Verfügung über das Arbeitsverhältnis beim Erwerber) setzt sich das Urteil nicht auseinander.

Aus Praxissicht ist die Entscheidung im Ergebnis dennoch zu begrüßen, weil sie zumindest in Einzelfällen, in denen beim Erwerber eine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses getroffen worden ist, ein wirksames Korrektiv für die – gerade auch angesichts der vom BAG angenommenen Informationspflicht über mittelbare wirtschaftliche „Folgen“ des Übergangs für die Arbeitnehmer (s. BAG, NZA 2008, 642ff.) – ausufernde Unterrichtungspflicht bietet. In einem früheren Urteil hatte der Senat bereits angedeutet, dass die Hinnahme einer durch den Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung das Umstandsmoment für die Verwirkung des Widerspruchsrechts erfüllen kann (BAG, 20.3.2008, NZA 2008, 1354, 1359). Daraus lässt sich ableiten, dass das Umstandsmoment auch in Konstellationen verwirklicht wird, in denen der Arbeitnehmer gegenüber dem Erwerber selbst kündigt oder z.B. einer Überleitung seines Arbeitsverhältnisses auf eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft zustimmt (*Dzida*, DB 2010, 167, 168). Gleiches gilt, worauf der Senat im Urteil am Rande hinweist, wenn der Arbeitnehmer mit dem Erwerber ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis begründet. Insofern steht eine etwaige grundlegende Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses einer qualifizierten Disposition über das Arbeitsverhältnis gleich.

Abgesehen von der Relevanz des Urteils für derartige (Ausnahme-) Konstellationen ist dessen Verallgemeinerungswert allerdings gering. Dies gilt zum einen in Bezug auf das Zeitmoment. So lässt der Senat in den übrigen Parallelfällen vom 23.7.2009 (a.a.O.), in denen der jeweilige Arbeitnehmer allerdings keinen Aufhebungsvertrag mit dem Erwerber abgeschlossen hatte, ausdrücklich offen, ob von einer Erfüllung des Zeitmoments ausgegangen werden könne. Auch in anderen Fällen hat die Rechtsprechung die Ausübung des Widerspruchsrechts bei annähernd ähnlichen Zeiträumen noch zugelassen (s. z.B. LAG München, 9.9.2008 – 3 Sa 128/08). Zum anderen betont das BAG, dass in Abgrenzung zu der Konstellation mit einer Verfügung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses bloße inhaltliche Veränderungen im Arbeitsverhältnis wie z.B. Vereinbarungen mit dem Betriebserwerber über eine Änderung einzelner Arbeitsbedingungen oder eine Versetzung zur Begründung des Umstandsmoments nicht ausreichen, woran das BAG im Übrigen eine Verwirkung in den anderen am gleichen Tag entschiedenen Verfahren scheitern ließ. Als flächenwirksames Instrument zur Begrenzung des Risikos von Unterrichtungsfehlern beim Betriebsübergang ist und bleibt die Verwirkung damit untauglich. Dem Ruf aus Fachkreisen (s. Stellungnahme Nr. 20/2009 durch den Ausschuss Arbeitsrecht im DAV, abrufbar unter www.anwaltverein.de) nach einer ausgewogenen Regelung durch den Gesetzgeber kann sich der Autor daher im Interesse von mehr Rechtssicherheit bei § 613a BGB nur anschließen.

BAG: Zustimmungersuchen des Arbeitgebers und Interessenkollision eines Betriebsratsmitglieds

BAG, Urteil vom 10.11.2009 – 1 ABR 64/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-834-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE (BEARBEITER)

1. Der Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zu einer personellen Maßnahme i.S.v. § 99 I 1 BetrVG ist nicht formbedürftig und muss nicht

ausdrücklich gestellt werden. Es genügt, dass er sich der Mitteilung des Arbeitgebers im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) entnehmen lässt. 2. Ein Betriebsratsmitglied ist bei Angelegenheiten, die es individuell und unmittelbar betreffen, grundsätzlich von seiner Organtätigkeit ausgeschlossen.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Arbeitgeber beantragte die Zustimmung nach § 99 BetrVG zur „Versetzung/Beförderung“ einer Arbeitnehmerin, gab zur Eingruppierung aber nur an, diese bleibe unverändert. Der Betriebsrat erteilte die Zustimmung zur Versetzung, verweigerte diese aber zur Eingruppierung,

da die Arbeitnehmerin höher einzugruppieren sei. An diesem Beschluss war auch eine Betriebsrätin beteiligt, deren Vergütung sich gemäß einer Betriebsvereinbarung zur Freistellung/Arbeitsversäumnis von Betriebsräten aufgrund der Höhergruppierung der betroffenen Arbeitnehmerin erhöht hätte. Der Betriebsrat macht geltend, der Arbeitgeber habe die Zustimmung zur Eingruppierung, inkl. gerichtlicher Ersetzung, beantragen müssen.

Das BAG legte die Angaben des Arbeitgebers zur Eingruppierung im Zustimmungsantrag zur „Versetzung/Beförderung“ auch als (hier nötigen) Zustimmungsantrag zur Eingruppierung aus. Zustimmungsanträge i.S.v. § 99 BetrVG seien formfrei. Fehle ein ausdrücklicher Antrag, genüge, dass dieser der Mitteilung durch Auslegung zu entnehmen sei. Das gerichtliche Ersetzungsverfahren sei aber durchführen, da die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats zur Eingruppierung nicht wegen Mitwirkung eines „befangenen“ Mitglieds unwirksam war. Eine die Mitwirkung hindernde Interessenkollision liege nur vor, wenn das Mitglied zum Zeitpunkt der Beratung und Beschlussfassung hiervon individuell und unmittelbar betroffen sei. An der unmittelbaren Betroffenheit fehle es, da die Entscheidung des Betriebsrats über die angeblich falsche Eingruppierung keine unmittelbare Änderung der Vergütungsgruppe der Arbeitnehmerin bewirke (und damit keine automatische Erhöhung der Vergütung der Betriebsrätin), sondern ggf. erst eine dann gesondert erfolgende Umgruppierung.

PRAXISFOLGEN

Versetzungen erfordern wegen der damit i.d.R. verbundenen Veränderung der Tätigkeit regelmäßig eine (erneute) Eingruppierung (sofern keine Änderung erforderlich) bzw. Umgruppierung (sofern Änderung erforderlich), d.h. im Rahmen von § 99 BetrVG ist nicht nur ein Zustimmungsantrag zur Versetzung, sondern auch zur Ein-/Umgruppierung erforderlich. Dieser sollte – trotz Auslegungshilfe des BAG – weiterhin ausdrücklich und schriftlich erfolgen, um Missverständnissen vorzubeugen und die Beweisführung (Fristen!) zu gewährleisten. Interessenkollisionen, die die Mitwirkung eines Betriebsrats hindern, versteht das BAG hingegen weiter restriktiv und nimmt diese nur an, wenn ein Beschluss unmittelbare Auswirkungen auf die Stellung des betreffenden Betriebsratsmitglieds hat (eigene Kündigung, eigene Umgruppierung). Mittelbare oder rein faktische Auswirkungen sollen dagegen nicht ausreichen, obwohl im vorliegenden Fall die Interessenkollision angesichts der Koppelung der Vergütung von Betriebsräten mit Vergleichspersonen (= betroffene Arbeitnehmerin) aufgrund der Betriebsvereinbarung nahe lag.

Dr. Rajko Herrmann, RA/FAArbR, Taylor Wessing, Berlin

BAG: Altersdiskriminierende Stellenausschreibungen

BAG, Urteil vom 18.8.2009 – 1 ABR 47/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-835-1

unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Die Beschränkung des Bewerberkreises in einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr kann eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters darstellen.

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG ist kein statistischer Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Altersgruppe durch die in Frage stehenden Kriterien tatsächlich wegen ihres Alters benachteiligt wird. Es ist ausreichend, wenn das Kriterium hierzu typischerweise geeignet ist. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut und entspricht dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot des effektiven, wonach die Regelungen einer Richtlinie innerhalb ihres Geltungsbereichs tatsächliche Wirksamkeit entfalten sollen.
2. Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals kann durch ein legitimes Ziel und die Wahl von verhältnismäßigen Mitteln zu seiner Durchsetzung gerechtfertigt werden.
3. Ein „grober Verstoß“ des Arbeitgebers gegen seine aus dem AGG ergebenden Pflichten liegt vor, wenn es sich um eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt. Die für das Merkmal des „groben“ Verstoßes i.S.v. § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG bestehenden Grundsätze gelten insoweit auch im Rahmen des § 17 Abs. 2 S. 1 AGG.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Arbeitgeber, Betreiber einer Drogeriemarktkette, hatte wiederholt innerbetrieblich Stellen als „Verkaufs-/Kassierkraft“ unter Angabe der „Tarifgruppe A/1. Bj.“ ausgeschrieben. Der Arbeitgeber begründete diese Beschränkung des Bewerberkreises mit dem von ihm vorgegebenen Personalbudget und einer angestrebten ausgewogenen Altersstruktur im Betrieb. Der Betriebsrat beanstandete diese Vorgehensweise und verlangte vom Arbeitgeber, in internen Stellenausschreibungen auf die Angabe des ersten Berufsjahres zu verzichten. Denn dadurch würden Stellenbewerber von vornherein ausgeschlossen, die sich bereits in einem höheren Berufs-/Tätigkeitsjahr befanden. Das bewirke eine nach dem AGG unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters, da die ausgeschlossenen Arbeitnehmer regelmäßig älter seien als der in den Stellenausschreibungen angesprochene Bewerberkreis. Dies könne anhand von Vergleichsgruppen nachgewiesen werden. Der Betriebsrat hat erfolglos der Aufnahme der Berufsjahre in den Text der Stellenausschreibungen widersprochen und ein Beschlussverfahren eingeleitet.

Das BAG hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben. Die Beschränkung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr stelle eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG dar. Arbeitnehmer mit mehreren Berufsjahren wiesen typischerweise gegenüber Arbeitnehmern im ersten Berufsjahr ein höheres Lebensalter auf. Eine solche Beschränkung könne zwar gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber mit ihr ein rechtmäßiges Ziel verfolge und sie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sei. Die Begründung des Arbeitgebers im konkreten Fall, wonach die Besetzung der Stellen mit Berufsanfängern eine ausgewogene Altersstruktur im Betrieb sichern und die Personalkosten begrenzen solle, ist nach Ansicht des BAG aber offensichtlich ungeeignet, den Bewerberkreis von vornherein auf jüngere Beschäftigte zu begrenzen. Denn die Versetzung eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr auf einen der ausgeschriebenen Arbeitsplätze habe weder Auswirkungen auf die bestehende Altersstruktur im Betrieb noch ließen sich dadurch die Personalkosten reduzieren. Da der Arbeitgeber mehrfach und erkennbar gegen seine sich aus dem AGG ergebende Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung verstoßen habe, sah das BAG den Verstoß des Arbeitgebers auch als „grob“ im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 AGG an.