

Betriebs Berater

BB

22 | 2022

Kartellrecht ... internationales Steuerrecht ... ESG ... Brückenteilzeit ... Recht ... Wirtschaft ... 30.5.2022 | 77. Jg.
Seiten 1217–1280

DIE ERSTE SEITE

Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M., RA/Notar, und **Dr. Stephanie Pautke**, LL.M., RAin

Kein Gesetz wie alle anderen: Die Gruppenfreistellungsverordnung von vertikalen Vereinbarungen (Vertikal-GVO) – 3. Auflage 2022

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Johannes Hertfelder, LL.M., RA, und **Dr. Daniela Drixler**, RAin

Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Kartellrecht im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Verbrauchernutzen | 1218

Dr. Stephan Bauer, LL.M., RA

Mittelstands-M&A und die neuen Commercial Courts – § 38 ZPO als Hindernis | 1225

STEUERRECHT

Prof. Dr. Jochen Lüdicke, RA/StB/FAStR

Neuerungen im internationalen Steuerrecht | 1239

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Andreas Weyer, M.Sc., und **Prof. Dr. Thomas Berndt**

Erstellungsprozess, Reifegrad und organisatorische Verankerung von ESG-Reports in der DACH-Region | 1259

ARBEITSRECHT

Dr. Alexander Pionteck, RA, B.A.

Das BAG und die Brückenteilzeit im Lichte der Rechtsgeschäftslehre – zugleich: Besprechung der Entscheidung des BAG vom 7.9.2021 – 9 AZR 595/20 | 1268

– wie hier – eine betriebsübliche Steigerung der Vergütung mit ihm vergleichbarer Arbeitnehmer geltend machen will und darüber hinaus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Anspruchs aus § 37 Abs. 4 BetrVG gegeben ist. (BAG, Urteil vom 4.11.2015, a.a.O., RdNr. 19).

Nach diesen Maßstäben steht dem Kläger die begehrte Auskunft über die Gehaltssteigerungen der in den Jahren seit 2007 zum RSM-Manager beförderten Mitarbeiter nicht zu. Der Anspruch auf Auskunft setzt eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür voraus, dass der Kläger seit 2007 im Wege der Laufbahnnachzeichnung aufgrund § 37 Abs. 4 BetrVG in die Position eines RSM gelangt wäre. Die ist nach den Ausführungen zu III.1.a) bb), auf die Bezug genommen wird, nicht der Fall. Auf die Frage, ob die bei der Beklagten als „RSM“ bezeichnete Position bei den Rechtsvorgängern der Beklagten schon existierte oder ob die bei den Rechtsvorgängern der Beklagten „Gebietsverkaufsleiter“ genannte Position dem „RSM“ der Beklagten entspricht, brauchte die Kammer nicht mehr einzugehen.

Auch der mit Antrag 5 der Klage verfolgte Zahlungsanspruch besteht nicht

4. Damit besteht auch der mit Antrag 5 der Klage verfolgte Zahlungsanspruch nicht.

Dem Antrag fehlt die materiellrechtliche Grundlage, sodass die aus den Anträgen zu 4 und zu 5 zusammengesetzte Stufenklage insgesamt durch Endurteil abzuweisen war. ...

BB-Kommentar

Der fiktive Beförderungsanspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds nach betrieblicher Umstrukturierung

PROBLEM

Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen gem. § 78 S. 2 BetrVG wegen ihrer Amtstätigkeit in ihrer beruflichen Entwicklung nicht benachteiligt werden. Der Arbeitgeber ist insofern verpflichtet, dem Betriebsratsmitglied eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die derjenigen entspricht, die das Mitglied ohne Amtstätigkeit durchlaufen hätte. Dabei wird neben der beruflichen Tätigkeit auch das sich aus ihr ergebende Entgelt erfasst.

Ein freigestelltes Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann den Arbeitgeber aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot unmittelbar auf Zahlung einer höheren Vergütung in Anspruch nehmen (BAG, 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594). Im Rahmen dieses Anspruchs müssen allerdings nach der vorliegenden Entscheidung des LAG Sachsen vom 2.8.2021 (1 Sa 321/20) bestimmte Auswahlverfahren, die sich nach einer betrieblichen Umstrukturierung für die Besetzung einer höheren Position ergeben haben, mitberücksichtigt werden. Die neuen Umstände und die sich daraus ergebenden größeren Anforderungen für die Beförderung müssen dem fiktiven Beförderungsanspruch zugrunde gelegt werden. Nur die Betrachtung der Situation vor der betrieblichen Umstrukturierung, die günstiger für das Betriebsratsmitglied wäre, reicht nicht aus. Insofern sind die Grundsätze, die für gewöhnlich bei Auswahlentscheidungen im Rahmen von Beförderungen relevant werden, nach Auffassung des LAG Sachsen auf Auswahlverfahren zur Stellenbesetzung nach betrieblicher Umstrukturierung strikt anzuwenden.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Kläger macht als freigestelltes Betriebsratsmitglied Ansprüche im Zusammenhang mit der Nutzung eines Dienstwagens geltend. Der Kläger war zunächst als Filialleiter tätig. In dieser Position hatte er keinen Anspruch auf einen Dienstwagen und dessen Privatnutzung. Nachdem der Kläger in den Betriebsrat gewählt wurde, stellte ihn der Arbeitgeber für die Betriebsrats Tätigkeit unter Fortzahlung der Bezüge frei. Später erhielt der Kläger im Rahmen mehrerer Vertragsänderungen, die ihrem Wortlaut nach gerade wegen und für die Dauer der Freistellung für die Betriebsrats Tätigkeit erfolgten, einen mit einer höher vergüteten Position einhergehenden Dienstwagen als Vergünstigung.

Nach betrieblicher Umstrukturierung verlangte die Beklagte den gewährten Dienstwagen zurück und begründete dies mit dem Begünstigungsverbot aus § 78 S. 2 Alt. 2 BetrVG. Der Kläger sei erst im Rahmen seiner Betriebsrats Tätigkeit und für deren Dauer als freigestelltes Betriebsratsmitglied in eine höhere Position eingruppiert worden, wodurch ihm ein Dienstwagen und eine höhere Vergütung gewährt wurden. Dies stelle allerdings einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot dar, wonach jede Besserstellung wegen der Betriebsrats Tätigkeit untersagt sei. Infolgedessen begehrte der Kläger vor dem ArbG Leipzig (4 Ca 1805/19) u.a. Schadensersatz wegen Entziehung der Privatnutzung des Dienstwagens und die Einräumung eines Dienstwagens auch zur Privatnutzung. Dies begründete er insbesondere mit dem fiktiven Beförderungsanspruch. Er wäre aufgrund seiner Tätigkeit als Filialleiter vor der betrieblichen Umstrukturierung in eine höhere Position mit Berechtigung auf einen Dienstwagen befördert worden. Die Beförderung ergebe sich auch aus der Entwicklung vergleichbarer Mitarbeiter. Das ArbG Leipzig wies die Klage vollständig ab und führte aus, die Abrede sei wegen Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot nichtig und der Kläger hätte die Entwicklung vom Filialleiter zur höheren dienstwagenberechtigten Position hypothetisch und firmentypisch nicht durchlaufen. Die vom Kläger eingelegte Berufung wurde durch das LAG Sachsen zurückgewiesen.

Das LAG Sachsen hat die Nichtigkeit der jeweiligen Abrede nach § 134 BGB i. V. m § 78 S. 2 BetrVG wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Begünstigungsverbot festgestellt. Es bestehe weder ein Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG unter dem Gesichtspunkt der Laufbahnnachzeichnung noch ein Anspruch aus dem Benachteiligungsverbot gem. § 78 S. 2 BetrVG. Aus dem Benachteiligungsverbot könne sich ein unmittelbarer Vergütungsanspruch ergeben, wenn sich die Nichtleistung als Benachteiligung darstellt. Denn der Arbeitgeber müsse dem Mitglied des Betriebsrats eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die er ohne die Amtstätigkeit durchlaufen hätte. Insofern hätte der Kläger einen Anspruch auf höhere Vergütung, wenn er nur infolge seiner Amtsübernahme nicht in eine höher vergütete Position aufgestiegen wäre. Im Rahmen des fiktiven Beförderungsanspruchs wäre der Nachweis erforderlich, dass eine wegen der Freistellung unterlassene Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre.

Im Laufe der Umstrukturierung wurden indes die Hierarchieebenen dahingehend verändert, dass gewisse Führungsebenen abgeschafft und zusammengefasst wurden. Dies führte zu mehreren Auswahlrunden, die Filialleiter auf dem Weg zur begehrten Führungsposition zu durchlaufen hatten. Die begehrte Position konnte nach der Umstrukturierung von weniger Personen besetzt werden als zuvor. Die Anforderungen für die Besetzung einer solchen Stelle wurden daher aufgrund der Auswahlverfahren im Zuge der Umstrukturierung größer. Das LAG Sachsen berücksichtigt diese Umstände und wendet die Grundsätze des fiktiven Beförderungsanspruchs – ohne

großen Begründungsaufwand – auf den vorliegenden Fall im Rahmen von Auswahlverfahren an, denen unternehmensweite Umstrukturierungen zugrunde liegen, die mit der Veränderung von Hierarchieebenen verbunden sind. Dem Kläger gelang es nicht, das LAG Sachsen davon zu überzeugen, dass er ohne Freistellung für das Betriebsratsamt im Zuge der Umstrukturierungen unter Berücksichtigung des Auswahlverfahrens zur dienstwagenberechtigten Position aufgestiegen wäre.

PRAXISFOLGEN

Im Rahmen des Anspruchs aus § 37 Abs. 4 BetrVG stellt das Gericht bereits fest, dass die betriebsübliche berufliche Entwicklung auch dann festgestellt werden kann, wenn der berufliche Aufstieg vergleichbarer Arbeitnehmer im Rahmen betrieblicher Umorganisationen erfolgt. Insofern überrascht es nicht, dass die Grundsätze im Rahmen des fiktiven Beförderungsanspruchs ebenso auf Auswahlverfahren nach betrieblicher Umstrukturierung entsprechend Anwendung finden sollen. Die Durchsetzung des fiktiven Beförderungsanspruchs kann nach Veränderung von Hierarchieebenen nach betrieblicher Umstrukturierung viel schwieriger werden. Der Amtsträger, der vor der Umstrukturierung eventuell eine Chance gehabt hätte, den Nach-

weis zu erbringen, dass er die Stelle ohne das Amt bekommen hätte, dürfte diesen Nachweis nach der Umstrukturierung nicht mehr so leicht führen können. Dies würde natürlich auch von dem Umfang der Veränderung der Hierarchieebenen und dem konkreten Auswahlverfahren abhängen.

Zu beachten ist jedoch, dass hier nach ständiger Rechtsprechung des BAG eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gilt. Danach muss das Betriebsratsmitglied ggf. Indizien vortragen, die den Schluss auf die Benachteiligung rechtfertigen. Zu diesen Hilfstatsachen muss sich der Arbeitgeber dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären (BAG, 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, BB 2021, 1787).

Hüseyin Nas ist als Rechtsanwalt im Arbeitsrechtsteam von Allen & Overy in Düsseldorf tätig.



BAG: bEM – Durchführungsanspruch des Arbeitnehmers?

BAG, Urteil vom 7.9.2021 – 9 AZR 571/20

ECLI:DE:BAG:2021:070921.U.9AZR571.20.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2022-1276-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll (Rn. 9).
2. Nach § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX können die dort genannten Stellen die nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gebotene Klärung verlangen. Demgegenüber begründet § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keinen Individualanspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines bEM (Rn. 14 ff.).
3. Der in der Gesetzessystematik zum Ausdruck kommende, von den Gerichten zu respektierende objektivierte Wille des Gesetzgebers, den betroffenen Arbeitnehmern mit § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keinen klagbaren Anspruch einzuräumen, steht der Ableitung eines Individualanspruchs auf Einleitung und Durchführung eines bEM aus § 241 Abs. 2 BGB oder § 618 BGB entgegen (Rn.27 f.).
4. Das bEM ist keine angemessene Vorkehrung iSv. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG oder von Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i iVm. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 UN-BRK, sondern eine Verfahrensregelung zur Klärung von Möglichkeiten, wie Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (Rn. 20).
5. Das nationale Recht gewährleistet die Umsetzung der Vorgaben von Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i UN-BRK, indem zugunsten des Arbeitnehmers ua. bei Durchsetzung seines Beschäftigungsanspruchs oder im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses Erleichterungen der Darlegungslast eingreifen,

wenn der Arbeitgeber seiner Initiativlast, ein bEM durchzuführen nicht nachkommt (Rn. 23 f.).

BGB §§ 241 Abs. 2, 618; SGB IX §§ 164 Abs. 4, 167 Abs. 2, 176; EGRL 78/2000 Art. 5; UNBehRÜbk Art. 2 UAbs. 3, 4, 27 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) hat.

Zwischen dem Kläger, der mit einem Grad der Behinderung von 30 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist, und der beklagten Gemeinde besteht seit dem 3. Juli 2000 ein Arbeitsverhältnis. Der Kläger wurde zunächst im Bereich „Bauhof“ eingesetzt. Mit Wirkung zum 1. Januar 2016 versetzte ihn die Beklagte in den Bereich „C“. Im Jahr 2018 war der Kläger an 122 Arbeitstagen krankheitsbedingt arbeitsunfähig, im Jahr 2019 vom 1. Januar bis zum 25. August an 86 Arbeitstagen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 2. August 2019 verlangte der Kläger die Durchführung eines bEM. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 19. August 2019 ab.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe unmittelbar aus § 167 Abs. 2 SGB IX, jedenfalls aber aus § 167 Abs. 2 SGB IX iVm. dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines bEM, weil er in den Jahren 2018 und 2019 – wie auch in den Folgejahren – jeweils länger als sechs Wochen krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen sei.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, mit ihm ein bEM gemäß § 167 SGB IX unter Beteiligung des Personalrats und der Schwerbehindertenvertretung der Beklagten sowie unter Beteiligung des Integrationsamts und der Rehabilitationsträger einzuleiten und durchzuführen und mit diesen zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und sein Arbeitsplatz erhalten werden kann.