



Nadine Barbara Kramer

Amtsschutz durch Bestandsschutz

Zur Frage des Bestehens einer
Freikündigungsobliegenheit in den Fällen
des § 15 Abs. 4, 5 KSchG und des § 78 a
BetrVG



§ 1 Einführung

In seiner Satire „Was soll er denn einmal werden?“¹ geißelt der gelehrte Jurist Kurt Tucholsky mit scharfzüngiger Ironie den umfassenden Schutz, den der Beamtenstatus seinen Inhabern gewährt. Deshalb empfiehlt er verantwortungs-scheuen Individuen, Beamter zu werden. Diese Spezies, so der Zyniker, würden weder für Fehler noch für Versäumnisse oder gar für Vergehen spürbar zur Rechenschaft gezogen. Tucholskys Polemik gipfelt in dem Postulat: „Liebe Frau, lassen Sie Ihren Sohn einen Beamten werden. Es ist das gefahrloseste und das verantwortungsloseste Metier der ganzen Welt.“²

In kreativer Abwandlung dieses Zitats formulieren gegenwärtig mediale Spötter: „Lassen Sie Ihren Sohn Betriebsrat werden. Dann ist er weitestgehend dagegen gefeit, die Verantwortung zu übernehmen, die er verbal vor sich her-trägt.“³

Auslöser der Medienschelte bildet das skandalöse Verhalten des Betriebsrates Klaus Volkert, treffend mit dem Neologismus: „Volkert-Habgier“⁴ charakterisiert.⁵ Korruption in Form von Lustreisen mit erotischen Exzessen sowie das Bild des luxuriösen Angehörigen einer privilegierten Funktionärskaste lassen die Wellen der Empörung ebenso hochschlagen wie die auf Grund seines Status als Betriebsratsmitglied eingeschränkten arbeitsrechtlichen Maßnahmen des Arbeitgebers.⁶ Zwar können nach dem Betriebsverfassungsgesetz Verstöße gegen das Begünstigungsverbot geahndet werden. Vor allem der leistende Arbeitgeber begeht einen groben Verstoß gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten, weshalb er auf Antrag des Betriebsrats oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft Sanktionen nach § 23 Abs. 3 BetrVG gewärtigen muss.⁷ Faktisch wird davon auf Grund eines systemimmanenten Verfahrensfehlers jedoch kein Gebrauch gemacht. Denn die Nutznießer der Zuwendungen, die dem Ehrenamtsprinzip des Betriebsratsamts zuwiderlaufen, müssten die rechtswidrigen Be-

1 Tucholsky, *Ausgewählte Werke*, Rowohlt Verlag 1965, S. 101.

2 Tucholsky, a.a.O., S. 105.

3 FAZ vom 01.04.2007 und 19.12.2006 (nicht wörtlich, aber vom Aussagegehalt her).

4 Rieble, NZA 2008, 276 (280).

5 Vgl. Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080 ff.

6 Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080 (1084 ff).

7 Rieble, NZA 2008, 276 (278).

günstigungen offen legen und betriebsverfassungsrechtliche Maßnahmen gegen den sie bevorteilenden Arbeitgeber einleiten.⁸ Dies gilt wegen des dortigen Strafantragserfordernisses entsprechend für die strafrechtliche Verfolgung gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

Abgesehen von populistischen Forderungen nach rigoroser Beschneidung der gesetzlichen Regelungen des Sonderkündigungsschutzes für Betriebsratsmitglieder sensibilisiert die Diskussion eine breite Öffentlichkeit für die grundsätzliche Problematik. Lässt man die durch den Amtsmisbrauch erzeugte emotionale Betroffenheit außer Betracht, dann muss man konstatieren: Weder die Arbeitgeberverbände noch die Gewerkschaften bestreiten die generelle Berechtigung des Sonderkündigungsschutzes für Betriebsratsmitglieder. Ebenso wenig stellen die Rechtsprechung und die arbeitsrechtliche Literatur die einschlägigen gesetzlichen Regelungen in Frage.⁹ Die fundamentale Bedeutung des Betriebsverfassungsgesetzes hat Wiese überzeugend herausgearbeitet.¹⁰ Die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte stellen weder einen bloßen Selbstzweck noch ein Mittel zur Selbstverwirklichung ihrer Repräsentanten dar.¹¹ Vielmehr garantieren sie die Beachtung der Grundrechte, wie Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung, im Arbeitsverhältnis sowie die Grundsätze der Selbst- und Mitbestimmung durch Kooperation der Beteiligten.¹² Einseitige Machtkonstellationen und Hierarchien werden so tendentiell nivelliert und ausgeglichen.¹³

In diesen Kontext gehört auch § 15 KSchG.¹⁴ Dessen Schutzzweck: Schutz des Betriebsratsmitgliedes vor Repressalien auf Grund seiner Tätigkeit,¹⁵ Konti-

8 Rieble, a.a.O.

9 Vgl. die Zusammenstellung von Berkowsky, NZA-RR 2007, 169 (178 ff.); beispielhaft BAG AP Nr. 61 zu § KSchG 1969, Bl. 1793 ff. und AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969, Bl. 563 ff.

10 Wiese, NZA 2006, 1 ff.; GK-Wiese, BetrVG, Einleitung Rn. 43 ff.

11 Wiese, ZfA 1989, 645 (650).

12 Wiese, NZA 2006, 1; GK-Wiese, a.a.O., Rn. 49; Buchner, in Hanau/Lorenz/Matthes (Hrsg.): Festschrift für Wiese, 55 (69 f).

13 Wiese, ZfA 1989, 645 (650 f); Buchner, a.a.O., 55 (64).

14 Danach ist der Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem Mitglied des Betriebs- bzw. Personalrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats sowie gegenüber einem Wahlbewerber oder einem Mitglied der jeweiligen Wahlvorstände – vorbehaltlich der Sonderregelung des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG - unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und die nach § 103 BetrVG bzw. nach dem Personalvertretungsrecht erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt worden ist.

15 BAG AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969, Bl. 563 (565); Nr. 35 zu § 103 BetrVG 1972, Bl. 389 (391 R.); AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972, Bl. 212 (213 R.) mit Anm. Hueck; AP Nr. 18 zu § 13 KSchG 1951, Bl. 568 (569); AP Nr. 14 zu § 15 KSchG 1969, Bl.

nuität des Betriebsratsmandats und Interessen der Belegschaft¹⁶ kommt deswegen besondere Bedeutung zu.

Dieser Konsens wird in der vorliegenden Arbeit nicht thematisiert. Stattdessen konzentriert sie sich auf die Auseinandersetzung mit der Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes durch die Rechtsprechung des BAG in den Fällen des § 15 Abs. 4, 5 KSchG und der einschlägigen Literatur. Der besondere Kündigungsschutz des § 15 KSchG gilt für die Mitglieder verschiedener Arbeitnehmervertretungen der Betriebs- und Personalverfassung. Um die nachfolgende Darstellung nicht mit puren Wiederholungen zu belasten, soll die Rechtslage in erster Linie für die Betriebsratsmitglieder als wichtigste Gruppe exemplarisch behandelt werden. Nur soweit sich für die Lösung relevante Abweichungen ergeben, erfolgt eine sachadäquate Differenzierung.

In seiner Grundsatzentscheidung vom 18.10.2000 bejaht das BAG eine Freikündigungsobliegenheit¹⁷ des Arbeitgebers im Falle einer Stilllegung einer Betriebsabteilung zu Gunsten der Mandatsträger.¹⁸ Die Entscheidung wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Neben Zustimmung¹⁹ lehnen einzelne Stimmen die Obliegenheit und damit korrespondierend das Recht zur Freikündigung ve-

-
- 59 (62); LAG Düsseldorf, NZA-RR 1998, 539 (540); AuA 2006, 57; LAG Rheinland-Pfalz 12.12.2003, 10 Sa 930/03 unter: Rn. 28-juris; AuA 2008, 236 (237); LAG Hamm 19.12.2000, 2 Sa 112/99 unter: Rn. 36-juris; 23.09.2004, 4 Sa 1600/03 unter: Rn. 56-juris; 10.05.2007, 10 Sa 1684/06 unter: Rn. 50-juris; Weber/Lohr, BB 1999, 2350; Hilbrandt, NZA 1998, 1258; ErfK-Kiel, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, KSchG, § 15 Rn. 1; KR-Etzel, Gemeinschaftskommentar zum KSchG und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, § 15 KSchG Rn. 9 f.; Ascheid/Preis/Schmidt-Link, Kündigungsrecht, § 15 KSchG Rn. 181; MüKo-Hergentröder Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht BT II, § 15 KSchG Rn. 1; HK-Dorndorf, Heidelberger Kommentar zum KSchG, § 15 KSchG Rn. 12.
- 16 BAG AP Nr. 61 zu § 15 KSchG 1969, Bl. 1793 (1794); Nr. 49 KSchG 1969, Bl. 563 (565); Weber/Lohr, BB 1999, 2350; Hilbrandt, NZA 1998, 1258 (1259); von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 15 KSchG Rn. 1; Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchR, § 15 KSchG Rn. 1, ErfK-Kiel, a.a.O.
- 17 Zum Begriffsverständnis siehe unter § 2; eine Freikündigung zur Schaffung eines leistungsgerechten Arbeitsplatzes im Falle einer personenbedingten Kündigung wird im Gegensatz hierzu von der ganz h.M. abgelehnt, siehe nur: BAG AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969-Krankheit, Bl. 903 (904, 904 R. m.w.N.).
- 18 BAG AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969, Bl. 563 (565).
- 19 von Koppenfels-Spies, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 13.06.2002, AP Nr. 97 zu § 615 BGB, Bl. 460 R. (462); Etzel, NJW 1990, 2933 (2942), die beide eine Freikündigungsobliegenheit bejahen; Horcher, NZA-RR 2006, 393 (396); von Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., § 15 KSchG Rn. 183; Matthes, DB 1980, 1165 (1169); Krause, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.10.2000, RdA 2002, 56 f.; Bernstein, NZA 1993, 728 (732); tendentiell Berkowsky, NZA-RR 2007, 169 (178 f.) und MüKo-Hergentröder, § 15 KSchG Rn. 192 ff.; Baumbach-Hopt, HGB, § 59, 9, E, a.

hement ab.²⁰ So sieht zum Beispiel Wank eine amtsbezogene Privilegierung des Betriebsratsmitgliedes nur dahingehend gerechtfertigt, dass bei einer Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz das Betriebsratsmitglied unter den zu Versetzenden sein muss.²¹ Einen weitergehenden Schutz des Betriebsratsmitgliedes lehnt er ab. Nach seiner Auffassung ist der kollektive Schutzzweck des Sonderkündigungsschutzes, nämlich die Kontinuität des Betriebsratsamtes, bereits ausreichend durch andere Regelungen wie zum Beispiel das Übergangsmandat, das Restmandat und die Ersatzmitgliedschaft gewährleistet.²²

Überdies zweifeln Stimmen in der Literatur wie zum Beispiel Schleusener²³ an der Verfassungsgemäßheit des BAG-Urteils. In der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freikündigung sehen sie einen unzulässigen Eingriff in das Recht des betroffenen Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 12 GG).

Die gewichtigen Einwände verdienen eine fundierte Auseinandersetzung. Selbst, falls man zu dem Ergebnis gelangt, dass das BAG-Urteil in seiner Substanz der Kritik standhält, bedürfen folgende offene Fragen der Beantwortung:

- 1.) Besteht im Verhältnis des Betriebsratsmitgliedes zu einem Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz ein absoluter Vorrang des Betriebsratsmitgliedes? Oder ist eine Interessenabwägung durchzuführen und wenn ja, anhand welcher Kriterien?
- 2.) Welche Kriterien sind im Konfliktfall zwischen Betriebsratsmitgliedern anzulegen?
- 3.) Welche Maßstäbe sind im Konfliktfall zwischen Betriebsratsmitgliedern und anderen sonderkündigungsgeschützten Arbeitnehmern anzulegen?

Ferner soll der durch § 78 a BetrVG vermittelte Schutz Auszubildender in besonderen Fällen analysiert und in seiner Stringenz in Bezug zu dem Sonderkündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder untersucht werden. Rechtfertigen die unterschiedlichen Sachverhalte die von der herrschenden Meinung vertretenen Rechtsfolgen (Freikündigungsobliegenheit in den Fällen des § 15 Abs. 4, 5,

20 Schleusener, DB 1998, 2368 ff., Wank, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.10.2000, SAE 2002, 7 ff.; Leuchten, NZA 2007, 585 (589).

21 Wank, a.a.O., 7 (9).

22 Wank, a.a.O., 7 (9 f.).

23 Schleusener, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.10.2000, AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969, Bl. 1105 (1107 f.); Wank, a.a.O., 7 (11 f.).

KSchG, Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers bei Fehlen freier Stellen im Übernahmzeitpunkt im Falle des § 78 a BetrVG)²⁴?

Die Beantwortung der Fragen löst die Gretchenfrage: Wie viel Bestandschutz benötigt ein angemessener Amtsschutz von Betriebsratsmitgliedern und Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung? Auf dieser Basis lässt sich bewerten, ob die Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder und des Schutzes der Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung durch die herrschende Meinung gerechtfertigt, defizitär oder überzogen ist.

24 ErfK-Kania, BetrVG, § 78a BetrVG Rn 9 m.w.N.