

Betriebs Berater

BB

36 | 2020

Datenschutz ... KAGB ... Investmentsteuer ... Investitionsabzugsbetrag ... Digitalisierung ...

31.8.2020 | 75. Jg.
Seiten 1921–1984

DIE ERSTE SEITE

Jan Spittka, RA

Das Recht auf Vergessenwerden – ein Anspruch mit vielen Variablen

WIRTSCHAFTSRECHT

Luca Maria Thieme, LL.M. res., RAin, und **Simon Clemens Wegmann**, RA

Transatlantischer Datenstillstand nach Schrems II? | 1922

Dr. Ludger C. Verfürth, LL.M., RA, und **Arne Hecht**, RA/StB

Die neue Teilinvestmentvermögensfähigkeit geschlossener Investmentgesellschaften nach dem KAGB – aufsichtsrechtliche und steuerrechtliche Praxishinweise | 1927

Dr. Simon G. Grieser, RA, und **Jonathan Diehl**, LL.M.

Nebentätigkeitsprivileg als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz | 1935

STEUERRECHT

Dr. Rainer Stadler, RA/FAStR, und **Christian Sotta**, StB

Investmentfonds und Hinzurechnungsbesteuerung nach dem ATAD-UmsG – eine kritische Analyse des Referentenentwurfs vom 24.3.2020 | 1943

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Martin Weiss, StB/FBISr

Aktuelle Gesetzgebung, höchstrichterliche Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zum Investitionsabzugsbetrag des § 7g EStG | 1963

ARBEITSRECHT

Dr. Hendrik von Mellenthin, LL.M., RA

Prozessbeschäftigung im Kontext des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs | 1972

Lars Tangemann

Wirksamkeitsrisiken bei digitaler Betriebsratsarbeit | 1974

Dr. Hendrik von Mellenthin, LL.M., RA

Prozessbeschäftigung im Kontext des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte sich in einem Kündigungsschutzverfahren jüngst mit der Frage auseinandersetzen, ob durch eine im Kontext des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs (§ 102 Abs. 5 BetrVG) vereinbarte Prozessbeschäftigung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden sein könnte (LAG Berlin-Brandenburg, 5 Sa 1932/19). So hatte es das Arbeitsgericht Berlin zumindest in der ersten Instanz im Wesentlichen mit der Begründung entschieden, dass es an einem ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats gefehlt habe (ArbG Berlin, 25.9.2019 – 29 Ca 13018/18). Das Landesarbeitsgericht hat diese Entscheidung richtigerweise korrigiert. Der Fall zeigt, dass eine intensivere Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Formen der Prozessbeschäftigung in der Praxis wichtig ist.

I. Weiterbeschäftigung durch Prozessbeschäftigung

Aus dem Terminus Prozessbeschäftigung ergibt sich zunächst einmal ihr temporärer Charakter. Es ist ungewiss, ob der Kündigungsschutzklage rechtskräftig stattgegeben wird oder nicht und innerhalb dieses Schwebezustandes kommt es zu einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers – der Prozessbeschäftigung.

Grundsätzlich lassen sich drei Formen der Prozessbeschäftigung im Kündigungsschutzverfahren unterscheiden. Die sog. freiwillige Prozessbeschäftigung, die Prozessbeschäftigung aufgrund Widerspruchs des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG und die Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Während die ersten beiden Formen der Prozessbeschäftigung bereits während des laufenden erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahrens relevant werden können, kommt Letztere erst nach einem erstinstanzlichen Urteil in Betracht.

1. Freiwillige Prozessbeschäftigung

Die freiwillige Prozessbeschäftigung dient in der Regel der Vermeidung bzw. Reduzierung des Annahmeverzugslohnrisikos, das der Arbeitgeber während eines Kündigungsschutzprozesses zu tragen hat. Zwar hat der Arbeitgeber bis zum Urteil im erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahren den Vorteil, dass sein Interesse überwiegt, den gekündigten Arbeitnehmer nicht über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus weiterbeschäftigen zu müssen. Im Falle eines klagestatgebenden Urteils ist der Arbeitgeber allerdings verpflichtet, die Vergütung nachträglich zu entrichten, obwohl er keine Arbeitsleistung dafür erhalten hat.

Dass sich der Arbeitnehmer gemäß § 615 S. 2 BGB das anrechnen lassen muss, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart

oder anderweitige Verwendung seiner Arbeitsleistung erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, kommt dem Arbeitgeber in der Praxis eher selten zugute. Zu hoch sind die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast, die der Arbeitgeber zu tragen hat.¹

Für das Kündigungsschutzverfahren birgt das Eingehen einer freiwilligen Prozessbeschäftigung allerdings erhebliche Risiken. Bei der betriebsbedingten Kündigung wird der Wegfall der Beschäftigung und die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit stärker hinterfragt werden. Im Falle einer personen-, regelmäßig krankheitsbedingten Kündigung werden Zweifel an dem behaupteten Nichtbestehen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes aufgeworfen und bei der verhaltensbedingten Kündigung wird möglicherweise das zerrüttete Vertrauensverhältnis in Frage gestellt. Zwar ist es theoretisch denkbar, dass durch den Verlauf des Prozessarbeitsverhältnisses die vorgebrachten Kündigungsgründe noch untermauert werden, das Risiko, dass es aber genau in die andere Richtung gehen kann, ist ungleich größer. Im Kündigungsschutzverfahren geht es stets um eine Gesamtabwägung und in dieser spielen nicht selten, auch mangels einer nicht eindeutigen Sach- oder Beweislage, Nuancen eine Rolle. Die freiwillige Prozessbeschäftigung kann dabei ein wesentlicher Faktor sein, der das Pendel in die andere Richtung ausschlagen lässt und zu einem stattgebenden Urteil, jedenfalls aber zu einem wirtschaftlich ungünstigen Vergleich für den Arbeitgeber führt.

Jenseits dieser Risiken birgt die freiwillige Prozessbeschäftigung zudem Stolperfallen, die zu erheblichen (wirtschaftlichen) Belastungen führen können. Denn bei der freiwilligen Prozessbeschäftigung handelt es sich um ein vertragliches Schuldverhältnis, das durch übereinstimmende Willenserklärungen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers zustande kommt und als befristetes oder auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis ausgestaltet sein kann. Die Bestimmungen des TzBfG finden auf dieses Arbeitsverhältnis Anwendung und damit auch das Schriftformerfordernis (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Wenn jedoch der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Kündigung nach Ablauf der Kündigungsfrist aber noch während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens auffordert, weiterzuarbeiten und der Arbeitnehmer dies tut, ist kein den Anforderungen des TzBfG entsprechendes Prozessarbeitsverhältnis zustande gekommen, sondern ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Gleiches gilt, wenn zunächst ein zweckbefristetes Prozessarbeitsverhältnis bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits vereinbart wurde, der Arbeitnehmer aber über diesen Zeitpunkt hinaus weiterarbeitet § 625 BGB, § 15 Abs. 5 TzBfG.

¹ BAG, 18.1.1963 – 5 AZR 2200/62.

2. Prozessbeschäftigung aufgrund Widerspruchs des Betriebsrats

Die Weiterbeschäftigung aufgrund eines Widerspruchs des Betriebsrats basiert hingegen auf einer gesetzlichen Grundlage (§ 102 Abs. 5 BetrVG). In welchen Fällen der Betriebsrat der Kündigung rechtmäßig widersprechen darf, ist durch enumerativ aufgeführte Gründe in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend geregelt und muss für jeden Einzelfall durch den Betriebsrat hinreichend begründet werden.²

Ein Widerspruch kommt danach lediglich bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Sozialauswahlkriterien nicht ausreichend berücksichtigt oder gegen die Sozialauswahlkriterien nach § 95 BetrVG verstoßen hat, § 102 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG. Auch bei den übrigen in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Fällen der weiteren Beschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz ist in der Praxis schwerpunktmäßig die betriebsbedingte Kündigung betroffen, es können allerdings auch insbesondere personenbedingte Kündigungen relevant sein.

Liegen die Voraussetzungen des § 102 Abs. 3 BetrVG ausnahmsweise einmal vor, kommt es zur Begründung eines vorübergehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses in Form eines Prozessarbeitsverhältnisses bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens. Für diesen Zeitraum gelten dieselben Rechte und Pflichten wie für das gekündigte Arbeitsverhältnis.

Lehnt der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nach Verlangen des Arbeitnehmers ab, kann der Arbeitnehmer versuchen, diese im Wege einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen. Der Arbeitgeber kann in diesem Verfahren erwidern, dass die Voraussetzungen für einen ordnungsgemäßen Widerspruch nicht vorlägen und versuchen in einem eigenständigen einstweiligen Verfügungsverfahren die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht gemäß § 102 Abs. 5 S. 2 zu erwirken.

3. Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Erhält der Arbeitnehmer mit dem erstinstanzlichen, klagestattgebenden Urteil einen Weiterbeschäftigungstitel auf Grundlage des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs, bleibt dem Arbeitgeber nur, zu versuchen, die Zwangsvollstreckung vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens einzustellen oder den Arbeitnehmer vorübergehend im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses zu beschäftigen.

Die Möglichkeiten zur vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung des Weiterbeschäftigungstitels sind begrenzt. Der Arbeitgeber müsste begründen können, dass die Zwangsvollstreckung einen ihm nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde (§ 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG); die Anforderungen sind ausgesprochen hoch. Des Weiteren käme die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Ausspruch einer zweiten Kündigung in Betracht, allerdings nur sofern diese auf einem neuen Lebenssachverhalt basiert.

Die Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ist so gesehen die Ultima Ratio, sofern keine anderweitigen Abwehrmöglichkeiten bestehen. Für sie besteht weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Grundlage. Denn die vom Arbeitnehmer erzwungene Weiterbeschäftigung ersetzt den fehlenden Beschäftigungswillen nicht und verpflichtet diesen nur zu einer tatsächlichen Beschäftigung ohne rechtlichen Grund.³ Die Abwicklung erfolgt somit nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen gem. §§ 812 ff. BGB,⁴ so dass nur

für die tatsächlich geleistete Arbeit zu zahlen ist und insbesondere keine Entgeltfortzahlungsansprüche oder Urlaubsgewährungs- oder Abgeltungsansprüche begründet werden. Um zumindest von diesen Vorteilen zu profitieren, ist es wichtig, dass aus der Erklärung des Arbeitgebers unmissverständlich hervorgeht, dass er den Arbeitnehmer einzig und allein zur Abwehr der Zwangsvollstreckung beschäftigt. Andernfalls besteht auch hier das Risiko, dass durch Auslegung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet werden könnte.

II. Entscheidung des LAG Berlin Brandenburg vom 5.3.2020

Gegenstand der Entscheidung des LAG Berlin Brandenburg war eine ordentliche, krankheitsbedingte Kündigung einer Arbeitnehmerin. Die Arbeitgeberin hatte zuvor den zuständigen Spartenbetriebsrat angehört. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung wegen Bedenkens bzgl. der ordnungsgemäßen Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Nach Ausspruch der Kündigung und erhobener Kündigungsschutzklage forderte der Prozessbevollmächtigte der Arbeitnehmerin die Arbeitgeberin in einem Schreiben mit ausdrücklichem Verweis auf den betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5 BetrVG zur Weiterbeschäftigung seiner Mandantin nach Ablauf der Kündigungsfrist auf. Bezugnehmend auf dieses Schreiben bestätigte die Arbeitgeberin sodann per Mail die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin auf Basis eines Prozessarbeitsverhältnisses bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens. Das erstinstanzliche Arbeitsgericht entschied, dass die personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sei, gab aber dem hilfsweisen Antrag der Arbeitnehmerin, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis durch die genannte schriftliche Korrespondenz zustande gekommen sei, statt. Durch die Aufforderung zur Weiterbeschäftigung und die Bestätigung derselben, sei ein Prozessarbeitsverhältnis zustande gekommen, dass mangels Einhaltung der Schriftform nicht wirksam befristet worden sei (§ 14 Abs. 4 TzBfG) und daher unbefristet bestehe.

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts verkennt zunächst schon terminologisch, dass es ein unbefristetes Prozessarbeitsverhältnis nicht geben kann, da dieses per se nur vorübergehend bestehen kann. Darüber hinaus interpretiert es die Erklärungen der Parteien dahingehend, als haben diese ein freiwilliges Prozessarbeitsverhältnis begründen wollen. Für eine solche Auslegung bestanden jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Im Gegenteil wies alles in der Korrespondenz der Parteien darauf hin, dass die Arbeitgeberin lediglich eine gesetzliche Verpflichtung erfüllen wollte, die durch die Geltendmachung des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs seitens des Prozessbevollmächtigten der Klägerin begründet wurde.

Dem entgegenete das Arbeitsgericht, dass diese Auslegung nicht zulässig sei, da keiner der in § 102 Abs. 3 genannten Widerspruchsründe vorgelegen habe, der den Betriebsrat zum Widerspruch hätte berechtigen können. Zwar ist dies insoweit zutreffend, als dass das behauptete Fehlen des betrieblichen Eingliederungsmanagements keinen Widerspruchsrund i.S.d. § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG darstellt. Denn § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG setzt voraus, dass der gekündigte Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem an-

² LAG Nürnberg, 17.8.2004 – 6 Sa 439/04, NZA-RR 2005, 255.

³ BAG, 12.2.1992 – 5 AZR 297/90, BB 1992, 2005.

⁴ BAG, 12.2.1992 – 5 AZR 297/90, BB 1992, 2005.

deren Betrieb des Unternehmens hätte weiterbeschäftigt werden können. Gegenstand des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist aber die Aufrechterhaltung des bestehenden Arbeitsplatzes und nicht die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes. Um einen Widerspruch gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG wirksam geltend zu machen, muss der Betriebsrat vielmehr einen konkreten, freien anderweitigen Arbeitsplatz benennen können.⁵

Fehlerhaft ist allerdings die Annahme des Arbeitsgerichts, dass die Unwirksamkeit des Widerspruchs Einfluss auf die Auslegungen der Erklärungen der Parteien haben kann. Nach der Logik des Arbeitsgerichts würde eine unrichtigerweise angenommene Verpflichtung zur Erfüllung eines gesetzlichen Anspruchs zu einem rechtsgeschäftlichen Rechtsbindungswillen führen. Für eine solche Form der Auslegung fehlt nicht nur jeglicher rechtsdogmatische Ansatz, sondern auch jegliche Verankerung im Willensbildungsprozess der Parteien, die zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt hatten, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu begründen.

Im Übrigen würde das Schriftformerfordernis des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zweckentfremdet. § 14 Abs. 4 TzBfG hat die Funktion, den Arbeitnehmer bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags zu warnen, dass dieser nicht den Bestandsschutz eines unbefristeten Arbeitsvertrags hat.⁶ Im vorliegenden Fall war die Arbeitnehmerin jedoch nicht schutzbedürftig. Ihr ging es offensichtlich nicht darum, sich rechtsgeschäftlich zu binden, sondern lediglich von ihrem gesetzlich verankerten Recht auf vorübergehende Prozessbeschäftigung Gebrauch zu machen. Zu Recht hat das LAG Berlin Brandenburg das Urteil des Arbeitsgerichts daher korrigiert und die Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses abgelehnt.

III. Fazit

Durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg wird ein weiteres Mal deutlich, wie wichtig es ist, im Kontext von Prozessarbeitsverhältnissen sauber zu differenzieren und hinreichend deutlich zu kommunizieren. Nur so kann die Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vermieden werden.

Lars Tangemann

Wirksamkeitsrisiken bei digitaler Betriebsratsarbeit

Damit die Gremien der Betriebsverfassung auch in der Pandemie handlungsfähig bleiben, ermöglicht § 129 BetrVG vorübergehend die audiovisuelle Durchführung von Gremiensitzungen. Mit der Neuregelung soll Rechtssicherheit geschaffen werden – es gibt aber auch Risiken.

I. Betriebsrats-Sitzungen per Videokonferenz

1. Ausgangslage

Vor der Covid-19-Pandemie war umstritten, ob dem Betriebsrat zur Ausübung seiner Tätigkeit das Recht eingeräumt werden sollte, seine

In einem ersten Schritt sollte sich der Arbeitgeber stets die unterschiedlichen Formen von Prozessarbeitsverhältnissen mit ihren unterschiedlichen Anforderungen und Wirkungen vor Augen führen, um sodann bewerten zu können, welche Form des Prozessarbeitsverhältnisses in der jeweiligen Konstellation relevant sein oder in Betracht kommen könnte.

Im Falle der Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung stellt sich stets die Frage, ob nicht alternative Instrumente zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen. Erwägt der Arbeitgeber die Begründung eines freiwilligen Prozessarbeitsverhältnisses, ist die Wahrung der Schriftform ein wesentliches, zu beachtendes Element. Wenn der Arbeitnehmer sich auf einen betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG beruft, sollte zunächst einmal geprüft werden, ob überhaupt ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats vorliegt, um sodann die in Betracht kommenden Vorgehensweisen – Verweigerung, Entbindungsantrag, Prozessarbeitsverhältnis – zu eruieren.

Ist die Entscheidung für die Begründung eines Prozessarbeitsverhältnisses sodann gefallen, ist es wichtig, gegenüber dem Arbeitnehmer schriftlich und unmissverständlich zu kommunizieren, um was für eine Prozessbeschäftigung es sich handelt und unter welchen Bedingungen dieses begründet werden soll.

Dr. Hendrick von Mellenthin, LL.M. (London), ist Rechtsanwalt und als Counsel am Düsseldorfer Standort der Wirtschaftskanzlei ARQIS tätig. Vor seiner Tätigkeit bei ARQIS war er Abteilungsleiter im Vorstandsstab der KfW Bankengruppe.



⁵ LAG Nürnberg, 5.9.2006 – 6 Sa 458/06.

⁶ *Stdt.*, in: Boecken u. a. (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, TzBfG § 14, Rn. 139.

Sitzungen in digitaler Form, sei es als Telefon- oder Videokonferenz, abzuhalten. Überwiegend wurde dabei angenommen, dass die bisherige Gesetzeslage solche virtuellen Betriebsratssitzungen nicht zuließ.¹ Vereinzelt fanden sich Stimmen, die schon vor der Pandemie Betriebsratssitzungen ohne physische Präsenz der Betriebsratsmitglieder für zulässig erachteten.² Die ablehnende Auffassung stützt sich auf die Mehrheitserfordernisse bei Betriebsratsbeschlüssen nach § 33 Abs. 1

¹ Nachweise bei *Krais*, DB 2020, 674 (676), Fn. 36; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde, 17. Aufl. 2020, BetrVG § 33, Rn. 11 ff.

² *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372 (372 ff.); *Günther/Böglmüller/Mesina*, NZA 2020, 77 (78 f.).