

BEANTWORTUNG ERGÄNZENDER FRAGEN ZUM RECHTSGUTACHTEN
„GEWERKSCHAFTSFUSION UND RECHTSSTELLUNG DER
BESCHÄFTIGTEN“

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Mit Schreiben v. 21. Oktober 1999 hat der Gesamtbetriebsratsvorsitzende der DAG eine Reihe von Fragen aufgeworfen, die voraussichtlich bei der Gründung von ver.di von Bedeutung sein werden. Sie sind im folgenden zu behandeln, wobei die Reihenfolge im wesentlichen beibehalten wird.

Die Personalleitung der DAG hat von den Fragen Kenntnis, so daß ihrer Prüfung nichts im Wege steht.

1. Beschäftigungsgarantie

a) Die Erklärung

Der Gesamtbetriebsrat möchte wissen, welche rechtliche Wirkung das Schreiben des DAG-Vorsitzenden Roland Issen vom 12. November 1998 hat, in dem eine „Beschäftigungsgarantie“ abgegeben wurde. Es lautet in den hier interessierenden Passagen:

„Die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft befindet sich gemeinsam mit der ... auf dem Weg zu einer neuen Dienstleistungsgewerkschaft zur Neustrukturierung der gewerkschaftlichen Interessenvertretung im Dienstleistungsbe-
reich, in der dienstleistungsnahen Industrie, im Medien-, Kultur- und Bildungsbereich. Der Bundesvorstand ist sich sehr wohl bewußt, daß diese Entwicklung insbesondere auch von den hauptamtlich Beschäftigten ein hohes Maß an Bereitschaft fordert, den Prozeß positiv zu begleiten und mitzutragen.

Dabei wird nicht verkannt, daß die Perspektive einer neuen Gewerkschaft neben allen sonstigen Aspekten gleichzeitig aber auch zu Unsicherheiten bei den Beschäftigten führen kann.

Der Bundesvorstand erklärt an dieser Stelle ausdrücklich, daß es aus Anlaß der Schaffung einer neuen Gewerkschaft keine betriebsbedingten Beendigungskündigungen geben wird. Dafür gibt es eindeutige Beschlüsse des Gewerkschaftsrates und des Bundesvorstands. Dennoch wird nicht auszuschließen sein, daß es Veränderungen geben kann und wird.

...

Wir alle haben erfahren, daß auf dem Weg zur neuen Gewerkschaft bereits jetzt viel zusätzliche Arbeit zu erledigen ist und noch sein wird, sowie allen Beschäftigten ein großes Maß an Flexibilität abverlangt wird.

Nur durch die gemeinsamen Anstrengungen wird es uns gelingen, die große Herausforderung zu bewältigen.

Allen Beschäftigten danke ich für ihre Unterstützung in diesem Prozeß."

Dieses Schreiben wurde an alle Beschäftigten der DAG verschickt. Es trägt den Briefkopf „Deutsche Angestellten-Gewerkschaft Bundesvorstand Personalabteilung“ und ist vom Bundesvorsitzenden Roland Issen unterzeichnet.

b) Einbeziehung in den Arbeitsvertrag

Das Schreiben stellt inhaltlich eine „Beschäftigungsgarantie“ in dem Sinne dar, daß aus Anlaß der Schaffung der neuen Gewerkschaft keine „betriebsbedingten Beendigungskündigungen“ ausgesprochen werden. Die Arbeitgeberseite verzichtet insoweit auf ein in diesem Zusammenhang möglicherweise entstehendes Recht zur betriebsbedingten Kündigung. Die Beschäftigten haben in Kenntnis dieses Schreibens weitergearbeitet und damit konkludent zum Ausdruck gebracht, daß sie mit dem Inhalt des Schreibens einverstanden sind. Ein solcher Rückschluß ist immer dann zwingend, wenn der Arbeitgeber durch eine einseitige Erklärung den vorher bestehenden Rechtszustand zugunsten der Arbeitnehmer verbessern will.

Die „Beschäftigungsgarantie“ ist Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden. Eine Schriftformklausel, die Ergänzungen beispielsweise von der Unterschrift beider Seiten abhängig machen würde, ist nicht ersichtlich.

c) Zulässigkeit

Auch inhaltlich bestehen gegen eine solche Abmachung keine Bedenken. Dem Arbeitgeber steht es frei, für eine bestimmte Zeit oder aus einem bestimmten Anlaß auf betriebsbedingte Kündigungen zu verzichten. Entsprechende Abmachungen finden sich in großer Zahl in sog. Standortvereinbarungen.

Zur Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung siehe KR-Friedrich, 5. Auflage, § 13 KSchG Rn. 266 ff. m. w. N.

Ausgeschlossen sind dem eindeutigen Wortlaut nach allerdings nur „Beendigungskündigungen“. Änderungskündigungen bleiben demgegenüber möglich. Dies folgt einmal daraus, daß herkömmlicherweise zwischen Beendigungs- und Änderungskündigungen unterschieden wird und daß zudem in der entsprechenden Textpassage des Briefes ausdrücklich auch von unvermeidbaren Veränderungen die Rede ist. Die Zulässigkeit von Änderungskündigungen richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen; insoweit kann auf die Ausführungen auf S. 39 - 44 des Gutachtens verwiesen werden. Wesentlich ist, daß die Veränderungen für die Betroffenen zumutbar sein müssen.

Bei unkündbaren Arbeitnehmern ändert sich nichts an ihrer bereits bestehenden Arbeitsplatzsicherheit. Daß auch eine außerordentliche Änderungskündigung unter den gegebenen und voraussehbaren Umständen nicht in Betracht kommt, ist auf S. 30 f. der Anlage 2 zum Gutachten (Antwort auf die Fragen des Gesamtbetriebsrat der DPG) ausgeführt.

d) Bindung des künftigen Arbeitgebers

Als Teil des Arbeitsvertrags wirkt die Beschäftigungsgarantie auch gegenüber der fusionierten Gewerkschaft. Dies folgt un-

mittelbar aus der in § 20 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge.

Eine zeitliche Befristung ist nicht vorgesehen. Nach dem Sinn der Regelung ist es auch ausgeschlossen, etwa eine Änderungskündigung des Inhalts auszusprechen, daß die Fortsetzung der Tätigkeit zu den bisherigen Bedingungen ohne Beschäftigungsgarantie angeboten wird. Ein entsprechender Versuch würde eine Vertragsverletzung darstellen.

In der Zukunft kann es problematisch werden, inwieweit eine Kündigung noch „aus Anlaß der Schaffung der neuen Gewerkschaft“ erfolgt. Alle Umstrukturierungsprozesse vor und nach der Verschmelzung sind jedenfalls erfaßt. Dies bringt insbesondere dann keine Zweifelsfragen, wenn ein ins einzelne gehendes Organisationskonzept entwickelt wird, das die neuen Einheiten einschl. eines präzisen Stellenplans umschreibt. Soweit sich in der Praxis nicht vorausgesehene Probleme stellen und darauf durch Umorganisation reagiert wird, würde gleichfalls eine Fusionsfolge vorliegen. Anders wäre es lediglich dann, wenn beispielsweise vier Jahre nach der Verschmelzung eine Verwaltungsstelle geschlossen würde, weil durch Mitgliederverlust keine ausreichenden Arbeitsmöglichkeiten bzw. keine zureichenden finanziellen Grundlagen mehr bestehen. Volle Trennschärfe zwischen Fusionsfolgen und sonstigen Maßnahmen läßt sich nicht herstellen; im Streitfall müßten die Gerichte

entscheiden. Dennoch wird auch in anderen Fällen eine den An-
laß als Bezugsgröße wählende Formulierung benutzt.

Siehe als Beispiel den Beschäftigungssicherungsvertrag bei
der Frankfurter Flughafen AG, Präambel, Abs. 12. Dazu Däu-
bler-Erhardt AiB 1999, 677 ff. (die fragliche Bestimmung
ist auf S. 682 abgedruckt)

2. Gewerkschaftssekretäre/innen

a) Die Versetzungsklausel

Im Muster-Anstellungsvertrag für Sekretäre findet sich unter Ziffer 5 die folgende Klausel:

„Der Bundesvorstand der DAG ist jederzeit berechtigt, (Name) zur Ausübung der dienstlichen Tätigkeit an einen anderen Ort innerhalb des Organisationsbereichs zu versetzen und/oder (seine/ihre) anderweitige Verwendung als Sekretär (/in) anzuordnen. Durch die Versetzung bedingte Umzugskosten, insbesondere Transport- und Fahrkosten, trägt die DAG nach Maßgabe ihrer ‚Ordnung für die Erstattung von Umzugskosten‘.“

Der Gesamtbetriebsrat möchte wissen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich das Arbeitsverhältnis auch unter diesen Umständen auf die Arbeitsleistung an einem bestimmten Ort konkretisiert. Im einzelnen wird gefragt:

- Wieviel Jahre muß man an einem Ort tätig gewesen sein, um die örtliche Versetzbarkeit unmöglich zu machen?
- Müssen außer dem Zeitablauf weitere Kriterien erfüllt werden? Wenn ja, welche?

b) Stellungnahme

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine im Vertrag weit gefaßte Arbeitspflicht auf einen engeren Bereich „konzentriert“, ist im wesentlichen im Zusammenhang mit den zu erfüllenden Aufgaben erörtert worden.

Siehe die Ausführungen auf S. 24 ff. des Gutachtens

Dabei wird deutlich, daß der bloße Zeitablauf auch dann nicht zu einer Konkretisierung führt, wenn es um eine langjährige Tätigkeit geht. Genauso wird im Rahmen der örtlichen Fixierung des Arbeitsverhältnisses entschieden: Auch hier reicht die bloße Zeitdauer nach einheitlicher Auffassung nicht aus.

LAG Berlin LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 2; LAG Rheinland-Pfalz BB 1997, 474; ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 932

Es müssen daher weitere Gesichtspunkte hinzukommen, die für eine Konkretisierung sprechen. Diese werden mit Rücksicht auf die ausdrückliche Versetzungsklausel relativ gewichtig sein müssen.

Keine Rolle spielt demgegenüber die Tatsache, daß bei Außendienstmitarbeitern typischerweise eine leichtere Versetzbarkeit möglich ist (Gutachten S. 33). Zwar erhalten Gewerkschaftssekretäre nach § 8 der Anstellungsbedingungen eine Außendienstzulage und eine bezahlte Freistellung als

Ausgleich für die Reisezeiten, doch sind sie gleichwohl nicht mit typischen Außendienstmitarbeitern zu vergleichen, da sie im Normalfall den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit an dem Ort haben, wo sich auch ihr Büro befindet.

Ein „Zusatzgesichtspunkt“, der den Arbeitsvertrag auf die Arbeitsleistung an einem bestimmten Ort beschränkt, könnte in einer ausdrücklichen oder konkludenten Zusage der für Personalangelegenheiten zuständigen Stelle oder einer anderen Person liegen, die für die Gesamtorganisation sprechen kann. Ein solcher Tatbestand wird relativ selten gegeben sein. Möglich und durchaus „realistisch“ ist jedoch eine sinngemäße Aufforderung, die örtliche Verankerung zu verbessern, beispielsweise für den Gemeinderat zu kandidieren oder sich aktiv in Vereinen zu betätigen. Geschieht dies auf Initiative oder jedenfalls mit Zustimmung des Arbeitgebers, wäre dies ein Umstand, der zusammen mit einer mehrjährigen Zeitdauer zu einer Konkretisierung auf den in Frage stehenden Ort führen würde. Zumindest wäre es ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wollte der Arbeitgeber zunächst den Arbeitnehmer zur Verausgabung von Freizeit und Geld veranlassen und anschließend dies alles durch eine Versetzung wieder gegenstandslos machen.

Soweit ein solcher Tatbestand nicht vorliegt und die Versetzungsklausel daher ihre volle Wirkung entfaltet, kann der Arbeitgeber gleichwohl nicht nach freiem Belieben entscheiden. Vielmehr muß er „billiges Ermessen“ im Sinne des § 315 BGB

walten lassen, d. h. die Interessen beider Seiten gegeneinander abwägen.

LAG Berlin LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 2

Dabei sind auch die familiären Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, die insbesondere dann zu Buche schlagen, wenn der (Ehe-) Partner am Ort einer Erwerbstätigkeit nachgeht, die am neuen Einsatzort auf absehbare Zeit nicht oder nicht zu zumutbaren Bedingungen fortgesetzt werden kann.

Wie im Gutachten auf S. 35 ausgeführt, versagt der Versetzungsschutz dann, wenn der Beschäftigungsbetrieb insgesamt an einen anderen Ort verlegt wird. Hier verliert die eingetretene Konkretisierung ihre Bedeutung. Soweit der Arbeitsort ausdrücklich vereinbart wurde, wäre allerdings eine Vertragsänderung notwendig. Kommt diese nicht einvernehmlich zustande, wäre eine Änderungskündigung unvermeidbar. Diese würde aller Voraussicht nach von der Rechtsprechung als außerordentliche auch dann akzeptiert werden, wenn es sich um einen unkündbaren Arbeitnehmer handelt.

Vgl. BAG AP Nr. 143 zu § 626 BGB, wonach der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit sogar zu einer außerordentlichen Beendigungskündigung berechtigt, wenn dem Arbeitgeber eine Umschulungsmaßnahme mit Rücksicht auf das Alter des Beschäftigten nicht mehr zuzumuten ist.

3. Höhergruppierung als Form der Konkretisierung

a) Die Fragestellung

Der Gesamtbetriebsrat möchte weiter wissen, ob eine Eingruppierung in eine höhere Vergütungsgruppe wie z. B. eine „Beförderung“ von Vergütungsgruppe 7 nach 8 oder von 9 nach 10 zu einer Konkretisierung des Arbeitsvertrages führt. Außerdem ergibt sich das Problem, ob die auf diese Weise übertragenen Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten damit unentziehbar geworden sind.

b) Stellungnahme

Wie im Gutachten auf S. 25 ausgeführt, ist eine Beförderung und eine Betrauung mit Führungsaufgaben in der Regel so zu verstehen, daß dadurch das Arbeitsverhältnis im Sinne der neuen Tätigkeit konkretisiert wird. Wie das BAG entschieden hat, gilt dies sogar dann, wenn eine höherwertige Aufgabe zunächst „zur Probe“ und für den Fall auf Dauer übertragen wird, daß der betreffende Arbeitnehmer sich fachlich bewährt: In einem solchen Fall kann die „Beförderung“ nicht mehr aus anderen als fachlichen Gründen rückgängig gemacht werden.

Die Höhergruppierung hat allerdings in der Regel keine Auswirkung auf die räumliche Einsetzbarkeit, sondern betrifft nur den Gegenstand der geschuldeten Tätigkeit.

Auch wenn eine Eingruppierung als Bezirksleiter (z. B. nach Gruppe 9 oder nach Gruppe 10) erfolgt, schließt dies nicht aus, daß man der Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag entsprechend in einen anderen Bezirk versetzt wird.

Wichtigste Folge der Höhergruppierung ist, daß die Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit ausscheidet (Nachweise Gutachten S. 27 oben). Dies schließt allerdings nicht aus, daß eine gleichwertige, von derselben Vergütungsgruppe erfaßte Tätigkeit zugewiesen wird. Wenn etwa Gruppe 9 der Gehaltsvereinbarung vom 01.07.1984 „Bezirkssekretäre mit eigenverantwortlichem Aufgabengebiet nach fünfjähriger erfolgreicher Tätigkeit in Gruppe 8“ und „Sekretäre mit schwierigen Aufgaben in Landesverbandsleitungen“ gleichstellt, so kann mangels anderer Anhaltspunkte im Vertrag die Ausübung der einen durch die der anderen Tätigkeit ersetzt werden.

Die Funktion eines „Abwesenheitsvertreters“ oder „Stellvertreters“ (z. B. des Bezirksleiters) ist unter den Eingruppierungsmerkmalen für gewerkschaftspolitische Tätigkeiten nicht erwähnt. Sie ist damit kein notwendiger und unentziehbarer Bestandteil einer bestimmten Tätigkeit. Lediglich dann, wenn über die Höhergruppierung hinaus eine bestimmte Zusage gemacht

wurde, könnte man eine über die Vergütungsgruppe hinausgehende Konkretisierung der Aufgabe annehmen. Ob dies der Fall ist, muß im Einzelfall geprüft werden.

Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Zusage, so ist der Entzug grundsätzlich zulässig. Allerdings ist dabei in besonderem Umfang auf die Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, da die vorübergehende Ausübung einer höher bewerteten Funktion für künftige Aufstiegsmöglichkeiten von nicht unerheblicher Bedeutung ist.

So BAG DB 1994, 482, 483 für den Bereich des öffentlichen Dienstes

Geht es um die Fusion von Betrieben, Zweigstellen usw., wird es allerdings unvermeidlich sein, daß eine derartige Funktion ihre praktische Bedeutung weithin einbüßt: Zwar lassen sich vier oder fünf Stellvertreter eines Bezirksleiters denken, doch muß dabei notwendigerweise eine bestimmte Vertretungsreihenfolge festgelegt werden, die dazu führen kann, daß bestimmte Personen praktisch nie zum Zuge kommen. Am schonendsten wäre eine Regelung, die das Jahr in verschiedene Perioden aufteilt, in denen jeweils eine andere Person die Funktion des ersten Stellvertreters ausübt, doch kann von hier aus nicht beurteilt werden, ob etwas Derartiges auch wirklich praktikabel ist oder nur zu überflüssigen Reibungsverlusten führt.

4. Beschäftigung von Sekretären im Verwaltungsbereich

Unter der Überschrift „Vereinbarung über die Regelung zur Gehaltsvereinbarung vom 01.07.1984“ stellt der Gesamtbetriebsrat die Frage:

„Müssen Beschäftigte, die einen Arbeitsvertrag als Gewerkschaftssekretäre/innen haben, aber in einem Spezialbereich (z. B. EDV) tätig sind und waren, die Versetzungsklausel gegen sich gelten lassen?“

Mit den „Spezialbereichen“ sind offensichtlich Verwaltungstätigkeiten gemeint, da die Gehaltsvereinbarung lediglich zwischen diesen und gewerkschaftspolitischen Tätigkeiten unterscheidet. Die Besonderheit besteht nun darin, daß der Musterarbeitsvertrag für Verwaltungsangestellte nicht die für Sekretäre vorgesehene Versetzungsklausel enthält.

Die unterschiedliche Vertragsgestaltung für die beiden Gruppen von Beschäftigten ist aufgaben-, und nicht personenbezogen. Inhaltlich geht es darum, daß die Sekretäre als die eigentlichen Träger der (politischen) Arbeit der Organisation flexibel einsetzbar sein müssen. Dies impliziert z. B., daß es „Schwerpunktaufgaben“ mit entsprechend erweitertem Personaleinsatz oder auch den Fall geben kann, daß Lücken in der Versorgung geschlossen werden. Während Verwaltungstätigkeiten kontinuierlich zu erfüllen und notfalls auch mit Hilfe Dritter zu bewäl-

tigen sind, ist dies für die Arbeit des Gewerkschaftssekretärs anders zu beurteilen.

Wird ein Sekretär nicht nur ausnahmsweise und vorübergehend, sondern auf Dauer mit Verwaltungsaufgaben betraut, so entfällt die Basis für die Versetzungsklausel. In der einverständlichen Erfüllung der Verwaltungsaufgaben wird grundsätzlich eine konkludente Änderung des Arbeitsvertrags in dem Sinne liegen, daß dieser nunmehr der eines Verwaltungsangestellten ist. Denkbar ist allerdings, daß sich der Arbeitgeber ausdrücklich oder stillschweigend eine Rücknahme in die Tätigkeit als Sekretär vorbehält. Ein Indiz dafür kann es sein, daß bestimmte Rechte wie z. B. die in § 8 der Anstellungsbedingungen vorgesehenen weitergewährt werden. Allerdings ist auch in einem solchen Fall immer zu fragen, ob es sich nicht lediglich um einen Fall von Bestandsschutz handelt. Fehlt es allerdings an solchen Extra-Leistungen, spricht alles für eine volle Gleichstellung mit den von Anfang an in der Verwaltung Tätigen; insoweit würde die Versetzungsklausel definitiv wegfallen.

5. Auswirkungen von Schutzvorschriften

Der Gesamtbetriebsrat möchte weiter wissen, welche Auswirkungen eine etwaige Unkündbarkeit, ein Betriebsratsmandat, die Schwerbehinderteneigenschaft usw. auf den hier zu untersuchenden Fragenkomplex haben.

Was den Umfang des Direktionsrechts betrifft, so ist der Sonderkündigungsschutz ohne Bedeutung. Auch Betriebsratsmitglieder können in dem beschriebenen Rahmen versetzt werden. Allerdings darf dies nicht mit dem Ziel geschehen, sie in der Ausübung ihrer Funktion zu behindern (§ 78 BetrVG). Anhaltspunkte, daß Derartiges geplant sein könnte, sind nicht ersichtlich.

Soweit eine Änderungskündigung oder eine Beendigungskündigung in Rede steht, gelten die allgemeinen Grundsätze. Insoweit ist auf die Standardliteratur zu verweisen. Im vorliegenden Zusammenhang reicht ein Hinweis darauf, daß die Unkündbarkeit nach § 21 Abs. 5 der Anstellungsbedingungen auch Änderungskündigungen erfaßt; es fehlt eine dem § 55 Abs. 2 BAT entsprechende Regelung. Dies schließt jedoch eine außerordentliche Änderungskündigung nicht aus. Insoweit gelten die allgemeinen Voraussetzungen, wie sie von der Rechtsprechung entwickelt wurden.

Dazu Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, § 626 BGB Rn. 22, 161 ff.

Bei Betriebsratsmitgliedern ist die ordentliche Änderungskündigung generell unzulässig.

BAG AP Nr. 19 und 28 zu § 15 KSchG

Wird ein Betrieb oder Betriebsteil stillgelegt, greift § 15 Abs. 4 und 5 KSchG ein, der in aller Regel zu einer Beendigungskündigung führt. Die außerordentliche Änderungskündigung bedarf der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG und ist aus betrieblichen Gründen nur zulässig, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber unabweisbar und für den Arbeitnehmer zumutbar ist.

BAG DB 1995, 2432; Kittner/Däubler/Zwanziger § 15 KSchG Rn. 36 a

Im Anwendungsbereich des Schwerbehinderten- und des Mutterschutzgesetzes ergeben sich keine Besonderheiten; die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bzw. der Behörde ist auch bei Änderungskündigungen erforderlich. Bei Arbeitnehmern, die eine Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit besitzen, besteht nach § 22 Abs. 2 der Anstellungsbedingungen lediglich die Sonderregelung, daß in diesem Fall das Arbeitsverhältnis nicht automatisch endet. Ein besonderer Kündigungsschutz ist insoweit

nicht vorgesehen. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, daß der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit Erwerbsunfähigen auf Zeit den Arbeitgeber im Regelfall wirtschaftlich nicht belastet; von daher ist eine Kündigung im Rahmen des § 1 KSchG relativ schwer vorstellbar. Fallen die Voraussetzungen der Zeitrente nachträglich wieder weg, ist zumindest ein „gleichwertiger“ zumutbarer Arbeitsplatz bereitzustellen. Ist dies aus dringenden betrieblichen Gründen nicht möglich, so kann nach allgemeinen Grundsätzen eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG in Betracht kommen. Allerdings sind in einem solchen Fall die Grundsätze über die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu beachten; auch schließt die Beschäftigungsgarantie (oben 1) eine Beendigungskündigung aus und läßt nur eine Änderungskündigung zu.

Weitere Einzelheiten können gerne geklärt werden, soweit sich konkretere Fragen ergeben.

6. Verbindliche Festlegung der Personalanteile der Herkunftsgewerkschaften?

a) Die Fragestellung

Der Gesamtbetriebsrat möchte weiter wissen, ob die Arbeitgeberseite in der Lage ist, die Besetzung der in Zukunft bei ver.di bestehenden Stellen in der Weise vorzuprogrammieren, daß auf allen Ebenen nach dem Schlüssel vorgegangen wird, der bislang für die finanziellen Aufwendungen maßgebend ist.

Dies bedeutet konkret: 48 % ÖTV, 15 % DAG, 15 % HBV, 15 % Postgewerkschaft, 7 % IG Medien

Weiter ist die Frage zu klären, wie in Ermangelung einer solchen Vorgabe Stellen zu besetzen sind bzw. nach welchen Kriterien diejenigen Personen auszuwählen sind, mit denen das „Kontingent“ einer Organisation in einem bestimmten Bereich ausgefüllt wird.

Ein Besetzungsschlüssel kann von vorneherein nur für größere Einheiten in Betracht kommen, da andernfalls die kleineren Gewerkschaften nicht oder nur unterproportional zum Zuge kämen. In Betracht kommt daher die Ebene der einzelnen Landesbezirke oder die Gesamtorganisation.

b) Politische Einschätzung

Im Rahmen eines Rechtsgutachtens ist nicht darauf einzugehen, ob eine solche Entscheidung zweckmäßig ist oder nicht. Gegen sie kann u. a. eingewandt werden, daß ein solcher Proporz sehr hinderlich ist, wenn es darum geht, die qualifiziertesten Personen mit einer bestimmten Aufgabe zu betrauen. Ob sich insoweit durch eine Flexibilisierung der Vorgaben gegensteuern läßt, sollte am besten am Beispiel der EG-Dienststellen in Brüssel und Luxemburg überprüft werden, wo ja gleichfalls ein (inoffizieller) nationaler Proporz praktiziert wird. Außerdem wäre zu berücksichtigen, daß die finanzielle Stärke einer Organisation nicht notwendigerweise mit der Personalstärke korreliert, so daß sich ggf. für einzelne Beschäftigte allein deshalb eine Benachteiligung ergibt, weil sie bisher für einen mit relativ umfangreichem Personal arbeitenden Arbeitgeber tätig gewesen sind.

c) Rechtliche Würdigung

Unter juristischen Aspekten ist allein bedeutsam, ob es zulässig ist, daß die beteiligten fünf Gewerkschaften bzw. der künftige ver.di-Vorstand eine entsprechende „Quotenregelung“ ausdrücklich beschließen. Würde es sich dabei um eine unternehmerische Maßnahme handeln, die von den Gerichten nur im

Hinblick auf Willkür und evidente Sachwidrigkeit überprüft werden könnte?

In der Literatur sind Aussagen dazu nicht ersichtlich. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Rechtsprechung dazu neigt, den Bereich der unternehmerischen Entscheidungen weit zu bestimmen. Einbezogen wird etwa die Frage, mit wievielen Beschäftigten die vorhandenen Arbeitsaufgaben zu erfüllen sind

BAG NZA 1997, 1047, 1049; LAG Köln DB 1997, 2181

und inwieweit Aufgaben durch Vollzeit- oder durch Teilzeitkräfte zu erledigen sind.

BAG DB 1993, 1879 = NZA 1993, 1075

Auch die Umstellung des Vertriebs in der Weise, daß nur noch freie Mitarbeiter beschäftigt werden, soll von gerichtlicher Kontrolle freigestellt sein.

BAG NZA 1996, 1145

Legt man dies zugrunde, so erscheint es zumindest naheliegend, im Falle der Unternehmensfusion eine entsprechende Festlegung zuzulassen, der fusionierten Einheit also die Entscheidung

darüber zu gewähren, wieviele Arbeitskräfte von jedem „Her-
kunftsunternehmen“ herangezogen werden sollen. Auf der anderen
Seite sind jedoch die spezifischen Regeln des Umwandlungs-
rechts zu beachten. Nach § 20 UmwG tritt durch die Eintragung
der Fusion eine Universalsukzession in dem Sinne ein, daß die
Arbeitgeberstellung automatisch in bezug auf sämtliche Be-
schäftigte auf das aufnehmende Unternehmen übergeht. Gleich-
zeitig darf die Verschmelzung als solche nicht zum Anlaß für
eine Kündigung genommen werden. Dies ergibt sich aus § 324
UmwG, der u. a. § 613 a Abs. 4 BGB unberührt läßt, der es sei-
nerseits verbietet, wegen eines Betriebsübergangs zu kündigen.

Daß § 613 a Abs. 4 BGB auch im Falle der Verschmelzung An-
wendung findet ist mittlerweile anerkannt. Siehe Boecken,
Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, Köln 1996, Rn.
63 ff.; ErfK-Preis § 324 UmwG Rn. 3; KR-Friedrich, 5. Auf-
lage 1998, §§ 322 - 324 UmwG Rn. 28; Zwanziger, in: Kitt-
ner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht a. a. O., §
324 UmwG Rn. 1

Für den Fall eines „Proporztes“ bedeutet dies, daß er allen-
falls für die Zusammensetzung bestimmter Bereiche und Ebenen
eine Zielgröße sein kann, die durch Versetzungen, Änderungs-
verträge usw. erreicht werden soll. Die Festlegung einer für
die Gesamtorganisation (oder alle Landesbezirke) maßgebenden
Quote, die die betriebsbedingte (Änderungs-) Kündigung der
„überzähligen“ Arbeitnehmer rechtfertigen könnte, muß dagegen
wegen Verstoßes gegen § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB ausscheiden.

d) Insbesondere: Probleme der sozialen Auswahl

Bei der Schaffung der neuen Organisationsstruktur kann der Fall eintreten, daß bisherige Betriebe einzelner Gewerkschaften aufgelöst werden, dafür jedoch freie Arbeitsplätze in einem neugeschaffenen ver.di-Betrieb zur Verfügung stehen. Sollte die Zahl der freien Arbeitsplätze geringer sein als die der bislang in den aufgelösten Betrieben vorhandenen, so hat eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten stattzufinden. Entsprechend hat das BAG für den Fall entschieden, daß in ein und demselben Betrieb mehrere Kündigungen anstehen, jedoch nur eine geringere Zahl von freien Arbeitsplätzen zur Verfügung steht,

BAG NZA 1995, 566

oder daß in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens freie Arbeitsplätze vorhanden sind, deren Zahl jedoch geringer als die wegfallenden im Ausgangsbetrieb ist.

BAG NZA 1995, 413 und 566

Entsprechend ist im hier zugrunde gelegten Fall zu verfahren. Bedeutsam ist dies auch dann, wenn es darum geht, wer von den bisher an einem bestimmten Ort tätigen Arbeitnehmern dort wei-

terbeschäftigt wird und wer eine räumliche Veränderung in Kauf nehmen muß.

„Soziale Auswahl“ bedeutet auch bei derartigen internen Umstrukturierungen keine Verabsolutierung sozialer Gesichtspunkte. Entsprechend anwendbar ist vielmehr auch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, wonach betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer verlangen können. Wann ein solcher Ausnahmetatbestand vorliegt, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Zu den Konkretisierungsversuchen in der Rechtsprechung siehe den Überblick bei Kittner in: Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., § 1 KSchG Rn. 90 ff.

7. Sonderprobleme bei Verwaltungsangestellten

Der Gesamtbetriebsrat stellt unter Nr. 5 seines Kataloges eine Reihe von Fragen, die sich in gleicher Weise wie bei Sekretären/Sekretärinnen beantworten. Dies gilt etwa für die Auswirkung von Schutzvorschriften sowie für die Frage, ob ein bestimmter Organisationsproporz im Wege der unternehmerischen Entscheidung durchgesetzt werden kann. Unterschiede bestehen jedoch insoweit, daß in den Arbeitsverträgen in der Regel der Ort, manchmal auch der Einsatzbereich festgelegt ist. Von daher sind die Versetzungsmöglichkeiten sehr viel eingengter, es sei denn, der Betroffene wäre einverstanden.

Wie auf den Seiten 34 ff. des Gutachtens dargelegt, ist der Arbeitgeber nicht befugt, einen Arbeitnehmer an einen anderen als den (ausdrücklich oder konkludent) vereinbarten Ort zu versetzen. Selbst wenn der Betrieb verlegt wird, wäre jedenfalls bei einer ausdrücklichen Fixierung des Orts im Arbeitsvertrag eine (ggf. durch Änderungskündigung zu erzwingende) Abmachung notwendig, wenn die Arbeit an einem anderen Ort geleistet werden sollte. Wird der Betrieb aufgelöst, ist eine Versetzung in eine vergleichbare freie Funktion in einem anderen Betrieb am selben Ort vorzunehmen. Nur wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist, bleibt der Ausweg der Versetzung an einen anderen Ort im Wege der Änderungskündigung.

Soweit der Einsatzbereich im Arbeitsvertrag festgeschrieben ist, läßt sich auch dieser nicht einseitig verändern. Ist ein Einsatz für dieselbe oder eine vergleichbare Aufgabe nicht mehr möglich, kommt eine Änderungskündigung in Betracht.