

Ausfertigung

Verkündet am:
18.06.2013

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LabourNet.de Germany



Aktenzeichen:
2 BV 22/12



ARBEITSGERICHT TRIER

19. Sep. 2013
eingegangen
erledigt:

IM NAMEN DES VOLKES BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren unter Beteiligung

1. H&M Hennes & Mauritz B. V. & Co. KG, vertr. durch die H&M Hennes & Mauritz USA B. V. Amsterdam/NL, diese vertr. durch die Geschäftsführer

Hamburg

- Antragstellerin und Beteiligte/r zu 1 -

Verfahrensbevollmächtigte:



2. Betriebsrat der H&M Hennes & Mauritz B. V. & Co. KG, Filiale 741,
Trier

- Beteiligte/r zu 2 -

3. Cosimo-Damiano Quinto, Trier

- Beteiligte/r zu 3 -

Verfahrensbevollmächtigter: zu 2-3



hat die 2. Kammer des Arbeitsgerichts Trier auf die mündliche Anhörung vom 18. Juni 2013 durch
als Vorsitzende
und den ehrenamtlichen Richter und den ehrenamtlichen Richter als
Beisitzer beschlossen:

Die fehlende Zustimmung des Beteiligten zu 2. zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3. wird gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Ersetzung der Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3.

Der Beteiligte zu 3 ist seit dem 01.09.1999 bei der Antragstellerin als Sales Adviser beschäftigt. Die vereinbarte Jahresarbeitszeit betrug zuletzt 1.660 Stunden. Der Arbeitseinsatz bei derartigen „JAZ-Verträgen“ erfolgt bei gleichbleibender Vergütung variabel entsprechend dem Arbeitsanfall. Das tarifliche Bruttomonatsentgelt des Beteiligten zu 3 betrug zuletzt €.

Eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit kam am 18.12.2008 als Spruch der Einigungsstelle zustande. Die Personaleinsatzplanung erfolgt monatlich im Rahmen einer Betriebsvereinbarung.

Der Arbeitsvertrag des Beteiligten zu 3 vom 10.09.2001 enthält unter anderem folgende Regelung:

„§ 4 Allgemeine Pflichten

...

Nebentätigkeiten dürfen nur mit dem Einverständnis des Arbeitgebers ausgeübt werden.

Die/der Arbeitnehmer/in verpflichtet sich, Verschwiegenheit über die geschäftlichen und betrieblichen Angelegenheiten zu wahren. ...

...“

Der Beteiligte zu 3 ist Betriebsratsvorsitzender der Filiale in Trier sowie Mitglied im Gesamtbetriebsrat, im Wirtschaftsausschuss und im Europäischen Betriebsrat.

Mit Schreiben vom 14.10.2012 zeigte der Beteiligte zu 3 der Antragstellerin an, dass er am 09.11.2012 als Beisitzer einer Einigungsstelle im Betrieb Augsburg sowie zukünftig im Nebenerwerb als Betriebsratsberater tätig sein werde. Vorsorglich bat der Beteiligte zu 3 um das Einverständnis der Antragstellerin. Der Beteiligte zu 3 benutzte dabei den Briefkopf „Komparative Betriebsratsberatung Cosimo-Damiano Quinto“ und führte Bankverbindung sowie Steuernummer auf. Mit Schreiben vom 07.11.2012 teilte die Antragstellerin dem Beteiligten zu 3 mit, dass sie diese Nebentätigkeiten nicht genehmige. Falls der Beteiligte zu 3 die Nebentätigkeiten gleichwohl ausübe, müsse er mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur fristlosen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen.

Der Beteiligte zu 3 nahm an der Einigungsstellensitzung in Augsburg am 09.11.2012 nicht teil, wohl aber am 18.12.2012. Er nahm ferner Bestellungen zum Beisitzer von Einigungsstellen in Wilhelmshaven und Herford an, was er der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.12.2012 mitteilte.

Mit Schreiben vom 20.12.2012 beantragte die Antragstellerin beim Beteiligten zu 2 die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3. Mit Beschluss vom 24.12.2012 verweigerte der Beteiligte zu 2 die Zustimmung. Am 28.12.2012 hat die Antragstellerin das vorliegende Verfahren eingeleitet.

Am 07.02. und 08.02.2013 nahm der Beteiligte zu 3 an weiteren Einigungsstellensitzungen in Augsburg teil. Am 08.02.2013 verhandelte in Trier eine Einigungsstelle über Mitarbeiterbeschwerden, darunter eine Beschwerde des Beteiligten zu 3. Wegen seines Einsatzes in Augsburg stand der Beteiligte zu 3 in Trier weder als vorgesehener Beisitzer der Einigungsstelle noch als Zeuge zur Verfügung. Auf den am 14.02. oder 18.02.2013 gestellten Antrag an den Beteiligten zu 2 auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 reagierte der Beteiligte zu 2 nicht. Am 22.02.2013 hat die Antragstellerin den Sachverhalt in das vorliegende Verfahren eingeführt.

Am 27.02.2013 nahm der Beteiligte zu 3 an einer Einigungsstellensitzung in Wilhelmshaven teil. Mit Schreiben vom 08.03.2013 nannte der Beteiligte zu 3 der Antragstellerin weitere Termine für Einigungsstellensitzungen in Augsburg, Herford und Wilhelmshaven. Er bat darum, die Einsatztage in den Personaleinsatzplänen für ihn als „überstundenfrei“ zu kennzeichnen, zumal er noch 73,84 Überstunden abzubauen habe. Für den Fall, dass Nebentätigkeitsgenehmigungen erforderlich seien, beantrage er diese. Am 05.04.2013 nahm der Beteiligte zu 3 an einer Einigungsstellensitzung in Wilhelmshaven teil. Mit Schreiben vom 15.04.2013 stellte die Antragstellerin den Beteiligten zu 3 von seiner Arbeitsleistung frei. Auf den am 15.04.2013 gestellten Antrag an den Beteiligten zu 2 auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 reagierte der Beteiligte zu 2 nicht. Am 19.04.2013 hat die Antragstellerin den Sachverhalt in das vorliegende Verfahren eingeführt.

Mit Schreiben vom 02.05.2013 zeigte der Beteiligte zu 3 der Antragstellerin die Teilnahme an Einigungsstellen in Herford am 06.05. und in Wilhelmshaven am 08.05.2013 an und beantragte vorsorglich deren Genehmigung. Mit Schreiben vom 03.05.2013 verweigerte die Antragstellerin die Genehmigung und untersagte dem Beteiligten zu 3 die Teilnahme an den Einigungsstellen. Der Beteiligte zu 3 nahm gleichwohl teil. Mit Schreiben vom 16.05.2013 beantragte die Antragstellerin beim Beteiligten zu 2 die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Betei-

ligten zu 3. Mit Beschluss vom 17.05.2013, der Antragstellerin zugegangen am 21.05.2013, verweigerte der Beteiligte zu 2 die Zustimmung. Am 22.05.2013 hat die Antragstellerin den Sachverhalt in das vorliegende Verfahren eingeführt.

Mit E-Mail vom 06.06.2013, 18.18 Uhr, beantragte der Beteiligte zu 3 gegenüber dem Storemanager, der sich zu dieser Zeit im Urlaub befand, eine Nebentätigkeitsgenehmigung für die Teilnahme an einer Einigungsstellensitzung am 07.06.2013 in Wilhelmshaven und zeigte diese Nebentätigkeit an. Der Beteiligte zu 3 nahm an der Einigungsstelle teil. Auf den am 11.06.2013 gestellten Antrag an den Beteiligten zu 2 auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 reagierte der Beteiligte zu 2 nicht. Am 17.06.2013 hat die Antragstellerin den Sachverhalt in das vorliegende Verfahren eingeführt.

Für den 09.11.2012 war der Beteiligte zu 3 zunächst zur Arbeit eingeteilt. Nachdem der Betriebsrat die Zustimmung zur Personaleinsatzplanung verweigert hatte, entschied eine Einigungsstelle, dass der Beteiligte zu 3 am 09.11.2012 nicht zur Arbeit heranzuziehen sei. An den übrigen Tagen, an denen der Beteiligte zu 3 an Sitzungen von Einigungsstellen teilnahm, war er nicht zur Arbeit eingeteilt. Die Betriebsräte in Augsburg, Wilhelmshaven und Herford versuchten, gerichtlich zu erzwingen, dass der Beteiligte zu 3 generell an Tagen, an denen Einigungsstellensitzungen stattfinden, nicht zur Arbeit eingeteilt werden darf und der Antragstellerin zu untersagen, dem Beteiligten zu 3 die Nebentätigkeit zu verbieten. Das LAG Niedersachsen gab mit Beschluss vom 05.06.2013 der Antragstellerin auf, „bis zur Beendigung des Einigungsstellenverfahrens, längstens bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren es zu unterlassen, die Tätigkeit der Einigungsstelle zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung über die Arbeitszeit in der Filiale 719 dadurch zu stören bzw. zu behindern, dass die [Antragstellerin] den ordnungsgemäß beschlossenen Beisitzer auf Betriebsratsseite, den Beteiligten zu 3, im Rahmen der Verhandlungen der Einigungsstelle für dessen Meinungsäußerungen über mögliche Inhalte der Betriebsvereinbarung über die Gestaltung und Verteilung der Arbeitszeit mit einer Kündigung bedroht oder zum Inhalt eines Kündi-

gungsanhörungsverfahrens nach § 103 BetrVG gegenüber dem [Beteiligten zu 2] macht.“ Die übrigen Gerichtsverfahren blieben erfolglos.

Die Antragstellerin trägt vor:

Die erste Beschlussfassung des Beteiligten zu 2 sei unwirksam. Der Beteiligte zu 3 habe das Schreiben an erster Stelle unterschrieben und an den Storemanager geschickt, so dass davon auszugehen sei, dass er an der Beschlussfassung teilgenommen habe.

Durch die verbotswidrige Ausübung von Nebentätigkeiten habe der Beteiligte zu 3 in kontinuierlicher und eklatanter Weise gegen seinen Arbeitsvertrag und seine ihr gegenüber bestehenden Loyalitätspflichten verstoßen und wolle dies auch weiterhin tun. Die vom Beteiligten zu 3 begehrte Nebentätigkeit sei nicht genehmigungsfähig.

Der „JAZ-Vertrag“ sei geschlossen worden, um den Beteiligten zu 3 entsprechend dem im Einzelhandel typischerweise variierenden Arbeitsanfall flexibel einsetzen zu können. Der in § 4 des Arbeitsvertrages vereinbarte Erlaubnisvorbehalt sei erforderlich, damit der Arbeitnehmer nicht ohne Erlaubnis des Arbeitgebers durch die Aufnahme einer Nebentätigkeit seine Einsetzbarkeit beschränke. Es komme zu zeitlichen Kollisionen zwischen Haupt- und Nebentätigkeit, wobei der Beteiligte zu 3 der Nebentätigkeit, da sie ihm ein um ein Vielfaches höheres Einkommen beschere, den Vorrang einräume. Es könne nicht angehen, dass sie den Arbeitseinsatz des Beteiligten zu 3 an dessen Nebentätigkeiten ausrichten müsse und es dadurch zu Störungen im Betriebsablauf komme. Die Missachtung des Nebentätigkeitsverbots durch den Beteiligten zu 3 führe auch zu einer Flut kostenintensiver Verfahren.

Bei den Einigungsstellen, an denen der Beteiligte zu 3 teilnehme, gehe es um betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten anderer Filialen als der in Trier, was

nicht zu den Betriebsratsaufgaben des Beteiligten zu 3 gehöre. Folgerichtig verlange der Beteiligte zu 3 von ihr ein Beisitzerhonorar in Höhe von 7/10 des Vorsitzendenhonorars. Der Beteiligte zu 3 trete außerhalb seines Arbeitsverhältnisses in Geschäftsbeziehung zu ihr. Als betriebsfremder Beisitzer sei er nicht wie als Arbeitnehmer verpflichtet, ihre wirtschaftlichen und organisatorischen Interessen zu wahren, sondern vertrete in parteilicher Weise die Interessen des ihn bestellenden Betriebsrats, ohne dass dies durch seine persönlichen Interessen oder die des Betriebsrats, dem er angehöre, gedeckt sei. Dies wolle der Beteiligte zu 3 dauerhaft und mit Einnahmenerzielungsabsicht tun. Der Beteiligte zu 3 nutze dabei die aufgrund seiner vielfältigen Funktionen bestehenden Kontakte und Abhängigkeiten.

Die Antragstellerin beantragt,

die fehlende Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen.

Die Beteiligten zu 2 und zu 3 beantragen,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie tragen vor:

Die Antragstellerin habe den Beteiligten zu 2 nicht umfassend informiert.

Das in § 4 des Arbeitsvertrages enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sei eine unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Regelung sei unter ihrer Überschrift eine überraschende, intransparente Klausel, die den Beteiligten zu 3 zudem unangemessen benachteilige, da sie jede nicht genehmigte Nebentätigkeit verbiete.

Die Antragstellerin verhalte sich widersprüchlich. Sie habe von der Tätigkeit des Beteiligten zu 3 in einer Einigungsstelle in Stuttgart ab dem Jahr 2010 gewusst,

damals aber lediglich eine Information über Nebentätigkeiten verlangt. In Betriebsratssitzungen am 01.10. und 15.10.2012 habe der Storemanager erklärt, gegen die Teilnahme des Beteiligten zu 3 an der Einigungsstelle keine Bedenken zu haben.

Die Tätigkeit des Beteiligten zu 3 als Beisitzer in externen Einigungsstellen sei keine Nebentätigkeit. Berechtigte Interessen der Antragstellerin würden nicht tangiert. Die Arbeitskraft des Beteiligten zu 3 werde nicht beeinträchtigt. Seine Einsatzzeiten in der Einigungsstelle seien keine Arbeitszeit im Sinne des ArbZG. Aufgrund der Personaleinsatzplanung sei der Beteiligte zu 3 in der Lage, berufliche Tätigkeiten und Nebentätigkeiten in Einklang zu bringen. So sei der Beteiligte zu 3, was unstreitig ist, regelmäßig in den Personaleinsatzplänen mit 6,25 Stunden täglich und 31,25 Stunden wöchentlich disponiert worden. Der „JAZ-Vertrag“ des Beteiligten zu 3 verstoße gegen den Manteltarifvertrag für die Beschäftigten des Einzelhandels in Rheinland-Pfalz. Betriebliche Belange hätten den Einsätzen des Beteiligten zu 3 in den Einigungsstellen nie entgegen gestanden. Die Antragstellerin störe sich lediglich an den dem Beteiligten zu 3 zu zahlenden Honoraren.

Durch seine Teilnahme an den Einigungsstellen anderer Betriebe der Antragstellerin erlange der Beteiligte zu 3 Kenntnisse, die ihm als Mitglied des Gesamtbetriebsrats und des Wirtschaftsausschusses zugute kämen, deren Aufgaben er damit zumindest miterfülle. Der Beteiligte zu 3 sei als Beisitzer in den Einigungsstellen wirksam bestellt worden, wobei der jeweilige Betriebsrat in der Auswahl geeigneter Einigungsstellenbeisitzer frei sei. Die Antragstellerin behindere den Beteiligten zu 3 bei der Ausübung seines Amtes und gefährde das gesetzlich vorgesehene Instrument der betrieblichen Konfliktlösung. Die Mehrheitsentscheidungen der Einigungsstelle dürften dem einzelnen Einigungsstellenmitglied nicht zugerechnet und vorgeworfen werden. Das Verhalten der Antragstellerin verstoße auch gegen das Maßregelungsverbot. Mit der unwirksamen Freistellung des Beteiligten zu 3 greife die Antragstellerin in die Funktionsweise des Betriebsrats ein und konterka-

riere ihre eigene Darstellung, wonach ein flexibler Einsatz des Beteiligten zu 3 dringend erforderlich sei.

Der Termin zur Anhörung vor der Kammer hätte verlegt werden müssen, weil der alleinige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2 und zu 3, Rechtsanwalt Dr. Goericke, sich am Terminstag in stationärer Behandlung befunden habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der von den Beteiligten zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie auf die Sitzungsniederschriften verwiesen.

II.

Der Antrag ist begründet.

Als Mitglied des Beteiligten zu 2 genießt der Beteiligte zu 3 den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG, d.h. er kann nur gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die die Antragstellerin zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und wenn die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist.

Die Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 war durch das Arbeitsgericht zu ersetzen.

1.

Die Zustimmung des Beteiligten zu 2 nach § 103 Abs. 1 BetrVG liegt nicht vor. Dabei ist es unerheblich, ob der Beteiligte zu 3 an Beschlussfassungen des Betei-

ligten zu 2 mitwirkte und ob der Beteiligte zu 2 die dreitägige Stellungnahmefrist des analog anzuwendenden § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG eingehalten hat. Denn die Zustimmungsfiktion des § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG findet keine Anwendung. Da der Beteiligte zu 2 auf keines der Ersuchen der Antragstellerin hin die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 erteilt hat, vielmehr teils die Zustimmung ausdrücklich verweigerte, teils die Stellungnahmefrist verstreichen ließ, musste die Antragstellerin die Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht beantragen.

Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin den Beteiligten zu 2 nicht ordnungsgemäß informiert hätte, bestehen nicht. Die Antragstellerin hat dem Beteiligten zu 2 jeweils entsprechend den Grundsätzen der subjektiven Determination den von ihr dem Zustimmungsbegehren zugrunde gelegten Sachverhalt geschildert. Die Anhörung vermittelte dem Beteiligten zu 2 den erforderlichen Kenntnisstand, um eine Stellungnahme zu der beabsichtigten Kündigung abgeben zu können.

2.

Die Antragstellerin hat den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur Kündigung des Beteiligten zu 3 innerhalb der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Gericht eingereicht.

Der Beteiligte zu 3 nahm am 18.12.2012 an einer Sitzung der Einigungsstelle in Augsburg teil. Ferner teilte er der Antragstellerin am 17.12.2012 mit, dass er Bestellungen zum Beisitzer von Einigungsstellen in Wilhelmshaven und Herford angenommen hatte. Wegen dieser Sachverhalte leitete die Antragstellerin das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht Trier am 28.12.2012 ein, nachdem sie zuvor erfolglos am 20.12.2012 den Beteiligten zu 2 um Zustimmung ersucht hatte.

Weitere Sachverhalte, die erst während des laufenden Verfahrens entstanden sind, hat die Antragstellerin nach vorheriger Beteiligung des Beteiligten zu 2 ebenfalls innerhalb der Zwei-Wochen-Frist in das vorliegende Verfahren eingeführt:

- Teilnahme des Beteiligten zu 3 an Einigungsstellensitzungen in Augsburg am 07.02. und 08.02.2013, was als einheitlicher Lebenssachverhalt aufzufassen ist:
Zustimmungsersuchen an den Beteiligten zu 2 spätestens am 18.02.2013,
gerichtliche Geltendmachung am 22.02.2013
- Teilnahme des Beteiligten zu 3 an einer Einigungsstellensitzung in Wilhelmshaven am 05.04.2013:
Zustimmungsersuchen an den Beteiligten zu 2 am 15.04.2013,
gerichtliche Geltendmachung am 19.04.2013
- Teilnahme des Beteiligten zu 3 an Einigungsstellensitzungen in Herford am 06.05. und in Wilhelmshaven am 08.05.2013, was als einheitlicher Lebenssachverhalt aufzufassen ist:
Zustimmungsersuchen an den Beteiligten zu 2 am 16.05.2013,
gerichtliche Geltendmachung am 22.05.2013
- Teilnahme des Beteiligten zu 3 an einer Einigungsstellensitzungen in Wilhelmshaven am 07.06.2013:
Zustimmungsersuchen an den Beteiligten zu 2 spätestens am 11.06.2013,
gerichtliche Geltendmachung am 17.06.2013

Hingegen wurde die Einigungsstellenteilnahme des Beteiligten zu 3 am 27.02.2013 in Wilhelmshaven nicht fristgerecht zum Gegenstand des Zustimmungseretzungsverfahrens gemacht. Die Teilnahme an Einigungsstellen stellt keinen Dauertatbestand dar. Dass der Beteiligte zu 3 im Anschluss an die Sitzung vom 27.02.2013 Nacharbeiten noch bis zwei Wochen vor dem 19.04.2013 durchgeführt hätte, ist nicht ersichtlich.

3.

Die Zustimmung zu der außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 war gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen, da die Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist.

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

b) Die Antragstellerin stützt die beabsichtigte außerordentliche Kündigung auf den Umstand, dass der Beteiligte zu 3 ohne ihre Erlaubnis an Einigungsstellensitzungen anderer Betriebe teilnahm und weiter teilnehmen will.

Der Beteiligte zu 3 nahm an Einigungsstellensitzungen in Augsburg am 18.12.2012, 07.02. und 08.02.2013, in Wilhelmshaven am 27.02., 05.04., 08.05. und 07.06.2013 sowie in Herford am 06.05.2013 teil. Eine Erlaubnis der Antragstellerin hatte der Beteiligte zu 3 in keinem dieser Fälle.

c) Unabhängig von der Frage, ob der Beteiligte zu 3 einen Anspruch auf Erteilung entsprechender Nebentätigkeitsgenehmigungen hatte, ist die beabsichtigte außerordentliche Kündigung jedenfalls bereits deshalb gerechtfertigt, weil der Beteiligte zu 3 an den Einigungsstellensitzungen teilnahm, obwohl die Antragstellerin ihm dies ausdrücklich und mehrfach untersagt hatte.

So hatte die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.11.2012 dem Beteiligten zu 3 auf seinen Antrag vom 14.10.2012 mitgeteilt, dass sie Nebentätigkeiten als Betriebsratsberater nicht genehmige. Gleichwohl nahm der Beteiligte zu 3 an einer Einigungsstellensitzung in Augsburg am 18.12.2012 teil und nahm Bestellungen

zum Beisitzer von Einigungsstellen in Wilhelmshaven und Herford an, was er der Antragstellerin am 17.12.2012 mitteilte. Weitere Teilnahmen an Einigungsstellensitzungen erfolgten ohne Genehmigung der Antragstellerin. Mit Schreiben vom 03.05.2013 verweigerte die Antragstellerin die mit Schreiben vom 02.05.2013 vom Beteiligten zu 3 beantragte Genehmigung für die Teilnahme an weiteren Einigungsstellensitzungen und untersagte dem Beteiligten zu 3 die Teilnahme an den Einigungsstellen. Der Beteiligte zu 3 nahm gleichwohl teil. Am 06.06.2013 beantragte der Beteiligte zu 3 die Nebentätigkeitsgenehmigung so kurzfristig, nämlich um 18.18 Uhr für die Teilnahme an einer Einigungsstellensitzung am Folgetag und noch dazu durch eine E-Mail an den im Urlaub befindlichen Storemanager, dass er eine Reaktion der Antragstellerin nicht mehr erwarten konnte.

Dass die Antragstellerin im Jahr 2010 anlässlich einer Einigungsstelle in Stuttgart gegen eine Beisitzertätigkeit des Beteiligten zu 3 keine Bedenken gehabt haben mag, ist unerheblich. Die Antragstellerin ist, insbesondere auch anlässlich eines Wechsels des Storemanagers, nicht gehindert, ihre Rechtsauffassung zu ändern.

Es war nicht davon auszugehen, dass der Storemanager im Oktober 2012 die Teilnahme des Beteiligten zu 3 an Einigungsstellensitzungen in Augsburg mündlich genehmigt hätte. Bei einer Genehmigung bereits am 01.10.2012 hätte für den Beteiligten zu 3 keine Veranlassung für das Schreiben vom 14.10.2012 bestanden. Eine Genehmigung der Teilnahme an sämtlichen weiteren zukünftigen Einigungsstellen ließe sich aus einer etwaigen Äußerung des Storemanagers im Oktober 2012 ohnehin nicht herleiten. Mit Schreiben vom 07.11.2012 hat die Antragstellerin jedenfalls hinreichend deutlich gemacht, dass sie die Genehmigung versagt.

Der Beteiligte zu 3 war verpflichtet, dem von der Antragstellerin ausgesprochenen Verbot Folge zu leisten. An Weisungen und Anordnungen seines Arbeitgebers ist der Arbeitnehmer zunächst gebunden (vgl. BAG, Urteil vom 22.02.2012, 5 AZR 249/11). Über das Verbot, an den Einigungsstellensitzungen teilzunehmen, durfte

sich der Beteiligte zu 3 nicht einfach hinwegsetzen, sondern hätte eine Klärung mit der Antragstellerin, erforderlichenfalls auch über das Arbeitsgericht, herbeiführen müssen. Indem der Beteiligte zu 3 an den Einigungsstellensitzungen teilnahm, obwohl die Antragstellerin ihm dies ausdrücklich untersagt hatte, hat der Beteiligte zu 3 sich eigenmächtig selbst beurlaubt und damit seinen Arbeitsvertrag schwerwiegend verletzt. Er hat gezeigt, dass er nicht gewillt ist, sich an die Vorgaben der Antragstellerin zu halten.

Der Antragstellerin ist nicht zuzumuten, einen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, der ihre Anweisungen immer wieder missachtet. Mit seinem Verhalten gibt der Beteiligte zu 3 zu erkennen, dass er jederzeit bereit ist, seine eigenen - auch wirtschaftlichen - Interessen über seine Vertragspflichten zu stellen. Mit jedem Vorfall wiegt das Fehlverhalten des Beteiligten zu 3 schwerer.

d) Der Umstand, dass der Beteiligte zu 3 an keinem der Tage, an denen er an Einigungsstellensitzungen teilnahm, zur Arbeit eingeteilt war, ändert an dieser Beurteilung nichts.

Die Antragstellerin hatte den Beteiligten zu 3 für den 09.11.2012, als der Beteiligte zu 3 ursprünglich an der Sitzung einer Einigungsstelle in Augsburg teilnehmen wollte, zur Arbeit eingeteilt. Dies zeigt bereits, dass Termine des Beteiligten zu 3 in Einigungsstellen mit der durch die Personaleinsatzplanung festgelegten Arbeitspflicht des Beteiligten zu 3 für die Antragstellerin kollidieren können. Erst eine wegen der vom Beteiligten zu 2 verweigten Zustimmung zur Personaleinsatzplanung einberufene Einigungsstelle entschied, dass der Beteiligte zu 3 an diesem Tag nicht zur Arbeit heranzuziehen sei. Die Betriebsräte in Augsburg, Wilhelmshaven und Herford leiteten arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren ein, um zu erzwingen, dass der Beteiligte zu 3 generell an Tagen, an denen eine Einigungsstelle stattfindet, nicht zur Arbeit eingeteilt werden darf. Nur um weitere mit Kosten verbundene Einigungsstellen- und Gerichtsverfahren zu vermeiden, die die Antragstellerin mit Sicherheit erwarten durfte, teilte die Antragstellerin notgedrungen

in der Folgezeit den Beteiligten zu 3 an Tagen, an denen Einigungsstellen unter Beteiligung des Beteiligten zu 3 anstanden, von vornherein nicht mehr zur Arbeit ein und stellte ihn schließlich mit Schreiben vom 15.04.2013 vollständig von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei, wobei die Wirksamkeit der Freistellung nicht Streitgegenstand ist. Dies bedeutet aber nicht, dass die Antragstellerin verpflichtet oder gewillt wäre, die Einteilung des Beteiligten zu 3 in den Dienstplan an den Nebentätigkeiten des Beteiligten zu 3 zu orientieren und den Beteiligten zu 3 nur dann zur Arbeit heranzuziehen, wenn es dadurch nicht zu Überschneidungen mit Nebentätigkeiten kommt. Mit seinem eigenmächtigen Verhalten schränkt der Beteiligte zu 3 seine arbeitsvertraglich vorgesehene Einsetzbarkeit ein und beeinträchtigt damit die betrieblichen Interessen der Antragstellerin.

Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der Wirksamkeit des „JAZ-Vertrages“. Allerdings steht dieser auch in Einklang mit § 6 Ziffer 2 des Manteltarifvertrages. Danach sind Arbeitszeitanfang, Arbeitszeitende und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte in Betrieben mit Betriebsrat durch Betriebsvereinbarungen zu regeln. Die Verpflichtung, Anfang, Ende und Lage der Arbeitszeit zu regeln, bedeutet nicht, dass die Einsatzzeiten jedes Teilzeitbeschäftigten für einen unbefristeten Zeitraum festzuschreiben sind. Vielmehr trägt die Betriebsvereinbarung vom 18.12.2008 in Verbindung mit den sich an die Vorgaben der Betriebsvereinbarung haltenden monatlichen Personaleinsatzplanungen den tariflichen Vorgaben Rechnung. Die monatlichen Personaleinsatzplanungen ermöglichen den Mitarbeitern eine verlässliche Planung der Freizeit und Arbeitszeit. Auch Nebentätigkeiten sind außerhalb der Arbeitszeit grundsätzlich möglich. In III. 2. der Betriebsvereinbarung vom 18.12.2008 ist geregelt, dass Teilzeitmitarbeiter mit variablen Arbeitszeiten Zeiten, an denen sie an einem Arbeitseinsatz aufgrund dringender Gründe gehindert sind, der Filialleitung bis zum Mittwoch der vorvorletzten Woche vor Inkrafttreten des jeweiligen Einsatzplanes schriftlich mitteilen können. Die Filialleitung wird versuchen, den geltend gemachten Verhinderungen bei Erstellung des Personaleinsatzplanes Rechnung zu tragen. Ein Rechtsanspruch auf Berücksichtigung besteht allerdings nicht. Auf eine konkrete und dauerhafte Festlegung der Arbeitszei-

ten hat der Beteiligte zu 3 keinen Anspruch, wie das Arbeitsgericht Trier mit Urteil vom 19.03.2013, Az. 2 Ca 1514/12, entschieden hat.

Am 08.02.2013 verletzte der Beteiligte zu 3 darüber hinaus seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten, indem er an einer Einigungsstellensitzung in Augsburg teilnahm und daher im Betrieb in Trier weder als vorgesehener Beisitzer der Einigungsstelle über Mitarbeiterbeschwerden noch als Zeuge zur Verfügung stand.

e) Der Beteiligte zu 3 hatte darüber hinaus auch keinen Anspruch auf Erteilung der Nebentätigkeitsgenehmigungen. Denn mit der Teilnahme an Einigungsstellensitzungen anderer Betriebe der Antragstellerin verletzte der Beteiligte zu 3 seine arbeitsvertraglichen Pflichten.

Aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB folgt die als arbeitsvertragliche Treuepflicht bezeichnete Nebenpflicht des Arbeitnehmers, die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers zu wahren und dem Arbeitgeber keinen Schaden zuzufügen. Gegen diese Treuepflicht verstößt der Beteiligte zu 3 als Beisitzer von Einigungsstellen anderer Betriebe des Unternehmens.

Eine Einigungsstelle dient nach § 76 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Wenn der Beteiligte zu 3 als Beisitzer auf Betriebsratsseite an einer Einigungsstelle teilnimmt, dann vertritt er dabei die Interessen des Betriebsrats, die regelmäßig denen des Arbeitgebers entgegenstehen. Wenn er dies im Rahmen einer für den Betrieb Trier gebildeten Einigungsstelle tut, dann ist dies aufgrund der systemimmanenten und gesetzlich anerkannten Polarität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ohne Weiteres gerechtfertigt. Anders ist die Situation hingegen zu beurteilen, wenn der Beteiligte zu 3 an einer betriebsfremden Einigungsstelle als Beisitzer teilnimmt. Dass er hier als Gegner des Arbeitgebers auftritt und erklärtermaßen dessen Interessen zuwiderhandelt, indem er Vorteile für die Arbeitnehmerschaft (z.B. Gutschrift von Spätöffnungszuschlägen auf einem Arbeitszeitkonto zwecks Ansparens freier Ta-

ge, Erhöhung der Anzahl arbeitsfreier Samstage) durchzusetzen sucht, ist nicht durch die Betriebsverfassung gedeckt. Als externer Beisitzer ist der Beteiligte zu 3 nicht wie ein Betriebsratsmitglied zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 2 BetrVG, verpflichtet. Es drohen Interessenkollisionen und Loyalitätskonflikte gegenüber dem entsendenden Betriebsrat einerseits und dem Arbeitgeber andererseits. Es besteht zudem die konkrete Gefahr, dass der Beteiligte zu 3 seine allgemein geltende und in § 4 des Arbeitsvertrages besonders erwähnte Verschwiegenheitsverpflichtung verletzt. Denn der Beteiligte zu 3 wird von anderen Betriebsräten des Unternehmens gerade wegen seiner im Betrieb Trier gewonnenen Kenntnisse und Erfahrungen als Beisitzer benannt, die er bei lebensnaher Betrachtung in die Einigungsstellenverhandlungen einbringen wird.

Dass der Beteiligte zu 3 von den Betriebsräten in Augsburg, Wilhelmshaven und Herford als Beisitzer der Einigungsstellen bestellt wurde, ist unerheblich. Zwar sind die Betriebsparteien grundsätzlich bei der Auswahl ihrer Beisitzer frei, und die Beisitzer müssen auch nicht Angehörige des Betriebes sein. Nach § 78 BetrVG dürfen Mitglieder der Einigungsstelle in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert und wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Die Bestellung als Beisitzer einer Einigungsstelle vermag jedoch den Beteiligten zu 3 nicht von seinen arbeitsvertraglichen Pflichten zu befreien und gibt ihm keinen Anspruch auf Teilnahme an der Einigungsstelle. Die Ausübung einer Tätigkeit als Beisitzer einer Einigungsstelle, die zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebspartnern eines anderen Betriebes gebildet worden ist, gehört nicht zu den betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben eines Betriebsratsmitglieds und ist daher nicht besonders geschützt. Eine Person, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen das Amt des Einigungsstellenbeisitzers nicht übernehmen kann, kann der Betriebsrat nicht bestellen. Der Beteiligte zu 3 durfte die Bestellung nicht annehmen, so dass er den Schutz des § 78 BetrVG nicht für sich beanspruchen kann. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Beteiligte zu 3 der einzige geeignete Einigungsstellenbeisitzer ist. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung und speziell der Einigungsstelle als Instrument der

Konfliktlösung ist daher entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 und zu 3 nicht zu besorgen.

f) Auf die Wirksamkeit von § 4 des Arbeitsvertrages kam es vor diesem Hintergrund nicht an. Zwar ist die Ausübung einer Nebentätigkeit grundsätzlich zulässig, wobei sich der Arbeitnehmer auf seine Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG berufen kann. Der Arbeitgeber kann aber die Unterlassung einer Nebentätigkeit verlangen, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat. Vorliegend ergibt sich die Unzulässigkeit der Nebentätigkeit auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung aus der unter e) dargelegten, mit der Teilnahme an Einigungsstellensitzungen anderer Betriebe der Antragstellerin verbundenen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten des Beteiligten zu 3.

Darüber hinaus hält die arbeitsvertragliche Klausel, wonach Nebentätigkeiten nur mit dem Einverständnis des Arbeitgebers ausgeübt werden dürfen, aber auch der Rechts- und Inhaltskontrolle stand. Sie enthält kein generelles Nebentätigkeitsverbot, sondern stellt die Aufnahme einer Nebentätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt. Der Arbeitnehmer muss also zuvor den Arbeitgeber unterrichten und seine Zustimmung einholen. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer die Aufnahme einer Nebentätigkeit nicht willkürlich verwehren. Vielmehr hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die Zustimmung des Arbeitgebers, wenn die Aufnahme der Nebentätigkeit betriebliche Interessen nicht beeinträchtigt. So verstanden ist die Vertragsklausel wirksam. Sie dient dazu, dem Arbeitgeber bereits vor Aufnahme der Nebentätigkeit die Überprüfung zu ermöglichen, ob seine Interessen beeinträchtigt werden (BAG, Urteil vom 11.12.2001, 9 AZR 464/00). Wie ausgeführt ist vorliegend eine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen der Antragstellerin gegeben, die sie berechtigt, das Einverständnis zu der Nebentätigkeit des Beteiligten zu 3 zu versagen.

Die Klausel ist auch nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB. Regelungen zu Nebentätigkeiten und insoweit speziell Verbote mit Erlaubnisvorbehalt

finden sich häufig in Arbeitsverträgen. Die Überschrift „Allgemeine Pflichten“ ist nicht irreführend, sondern fasst in zulässiger Weise verschiedenartige Pflichten zusammen.

Auf die von den Beteiligten zu 2 und zu 3 problematisierte Definition des Begriffs der Nebentätigkeit kam es nicht entscheidungserheblich an. Maßgeblich ist, dass der Beteiligte zu 3 neben seinem Arbeitsverhältnis eine andere entgeltliche Tätigkeit als Beisitzer betriebsfremder Einigungsstellen und Betriebsratsberater ausgeübt hat und auch zukünftig auf Dauer angelegt ausüben möchte.

g) Die Antragstellerin hat den Beteiligten zu 3 einschlägig abgemahnt. Das Schreiben der Antragstellerin vom 07.11.2012 enthält den Hinweis an den Beteiligten zu 3, dass er mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur fristlosen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen muss, falls er die Nebentätigkeiten trotz Verbots ausübe. Trotz dieser Warnung hat der Beteiligte zu 3 in der Folgezeit an mehreren Einigungsstellensitzungen teilgenommen. Er hat damit beharrlich gegen das Verbot der Antragstellerin verstoßen und seinen Willen bekräftigt, deren Anweisungen nicht zu befolgen. Auch den wiederholten Anträgen der Antragstellerin an den Beteiligten zu 2, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 zu erteilen, kam eine Warnfunktion zu. Mit jedem Ersuchen der Antragstellerin musste es dem Beteiligten zu 3 deutlicher werden, dass die Antragstellerin sein verbotswidriges Verhalten nicht hinnehmen, sondern zum Anlass für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nehmen würde. Selbst nach dem vierten Antrag an den Betriebsrat setzte sich der Beteiligte zu 3 uneinsichtig weiterhin über das Verbot der Antragstellerin hinweg.

h) Umstände, die zu einer anderen Beurteilung im Rahmen der stets vorzunehmenden Interessenabwägung führen könnten, sind nicht ersichtlich.

4.

Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 05.06.2013 steht der vorliegenden Entscheidung nicht entgegen. Zum einen betrifft der Beschluss nur Einigungsstellenverfahren der Filiale 719. Denkt man diese Einigungsstelle weg, verbleiben noch genügend Sachverhalte, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Zum anderen hat das LAG Niedersachsen der Antragstellerin lediglich untersagt, den Beteiligten zu 3 für dessen Meinungsäußerungen im Rahmen der Verhandlungen der Einigungsstelle über mögliche Inhalte der Betriebsvereinbarung über die Gestaltung und Verteilung der Arbeitszeit mit einer Kündigung zu bedrohen oder diese Meinungsäußerungen zum Inhalt eines Verfahrens nach § 103 BetrVG zu machen. Die Antragstellerin begründet aber ihren Antrag auf Zustimmungsersetzung nicht mit dem Inhalt bestimmter Meinungsäußerungen des Beteiligten zu 3, sondern mit der Teilnahme an Einigungsstellen als solcher. Hierauf stützt sich auch die vorliegende Entscheidung.

5.

Eine Veranlassung, den Termin zur Anhörung vor der Kammer wegen der Erkrankung von Rechtsanwalt Dr. Goericke zu verlegen, bestand nicht. Das Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ist, da der Arbeitgeber damit die Grundlage für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung schaffen möchte, in besonderem Maße eilbedürftig. Der vom Beteiligten zu 2 beauftragte Rechtsanwalt Dr. Goericke war nicht gehindert, sich durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Dementsprechend zeigte mit Schriftsatz vom 07.01.2013 die RWT Anwaltskanzlei GmbH („wir“) die Vertretung der Beteiligten zu 2 und zu 3 an. Der Schriftsatz vom 25.01.2013 ist von Rechtsanwalt Ibrahim unterzeichnet. Der RWT Anwaltskanzlei GmbH gehören genügend Rechtsanwälte und auch Fachanwälte für Arbeitsrecht an, um eine ordnungsgemäße Vertretung der Beteiligten zu 2 und zu 3 im Anhörungstermin zu gewährleisten.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann von den Beteiligten zu 2 und zu 3 Beschwerde eingelegt werden.

Für die weiteren Beteiligten ist kein Rechtsmittel gegeben.

Die Beschwerde muss

innerhalb einer Frist von einem Monat

VF: 14.10.2013

FA: 21.10.2013

schriftlich beim Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Postfach 30 30, 55020 Mainz, Ernst-Ludwig-Platz 1, 55116 Mainz, eingelegt werden.

Sie ist

innerhalb einer Frist von zwei Monaten

VF: 12.11.2013

FA: 19.11.2013

schriftlich zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung dieses Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Sie können auch in Verfahren für deren Mitglieder von einem Organ oder einem mit der Prozessvertretung beauftragten Vertreter einer Gewerkschaft, einer Arbeitgebervereinigung, eines Zusammenschlusses oder einer Rechtsschutzorganisation solcher Verbände nach näherer Maßgabe des § 11 Abs.2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG unterzeichnet werden.

Rechtsanwälte oder eine der vorher bezeichneten Organisationen können sich selbst vertreten.


Ausgefertigt
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Hinweis:

Von der Beschwerdebegründungsschrift werden zwei zusätzliche Abschriften zur Unterrichtung der ehrenamtlichen Richter erbeten.