

Arbeitsrecht

Beweisverwertungsverbote bei verhaltensbedingten Kündigungen

Korrektur von Verträgen durch Betriebsvereinbarung – Abkehr vom kollektiven Günstigkeitsprinzip?

Nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Rechtsfolge

Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“

Ende der Dynamik bei Kündigung des Anerkennungstarifvertrags

Weitere Themen siehe Innenteil

Beweisverwertungsverbote bei verhaltensbedingten Kündigungen

[Seite 3](#)

Korrektur von Verträgen durch Betriebsvereinbarung – Abkehr vom kollektiven Günstigkeitsprinzip?

[Seite 6](#)

Nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Rechtsfolge

[Seite 8](#)

Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“

[Seite 9](#)

Ende der Dynamik bei Kündigung des Anerkennungstarifvertrags

[Seite 11](#)

Kein Entschädigungsanspruch gegen den Personalvermittler bei Diskriminierung

[Seite 12](#)

Innerbetriebliche Ausschreibungspflicht vor Einsatz von Leiharbeitnehmern

[Seite 14](#)

Zur Arbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden nach § 5 BetrVG

[Seite 15](#)

Nachrichten in Kürze

[Seite 17](#)

Aktuelle Veranstaltungen

[Seite 21](#)

Beweisverwertungsverbote bei verhaltensbedingten Kündigungen

Wann sind Maßnahmen zur Überwachung von Arbeitnehmern zulässig und können im Gerichtsverfahren verwertet werden?

Um Pflichtverletzungen von Arbeitnehmern beweisen zu können, greifen Arbeitgeber oft auf die ihnen als einzig mögliches Mittel erscheinenden Instrumente der Videoüberwachung, der Kontrolle von E-Mail- und Internetnutzung oder der Spind- und Taschenkontrollen zurück. Doch diese Überwachungsmaßnahmen sind vielfach unzulässig und können in Gerichtsverfahren nicht verwertet werden.

Wie beweist ein Arbeitgeber den dringenden Verdacht, ein Arbeitnehmer habe Betriebsmittel unterschlagen oder Gelder veruntreut? Aus Mangel an anderen Beweisen oder zum Schutz von anderen Arbeitnehmern, die nicht als Zeugen genannt werden sollen, greifen Arbeitgeber häufig auf heimliche Überwachungen, Durchsuchungen oder Taschenkontrollen zurück. Oftmals kann ein Arbeitgeber nur durch solche Maßnahmen sichere Kenntnis über eine Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers erlangen. In Kündigungsschutzverfahren können Informationen aus solchen Überwachungsmaßnahmen vielfach jedoch nicht verwertet werden. In der Konsequenz bleibt der Arbeitgeber den Beweis des Fehlverhaltens des Arbeitnehmers schuldig und muss den Arbeitnehmer schlimmstenfalls weiterbeschäftigen. Die Rechtsprechung hält heimliche Kontrollen der Arbeitnehmer nur unter sehr engen Voraussetzungen für zulässig. Dieser Beitrag soll eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung geben.

Rechtsgrundlage

Heimliche Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers greifen regelmäßig in das in Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz normierte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer ein. Derartige Maßnahmen können eine Rechtsgrundlage in arbeitsvertraglichen Regelungen oder Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen haben.

Ohne eine solche Rechtsgrundlage sind für einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Kontrollen des Arbeitgebers enge Zulässigkeitsgrenzen zu beachten. Da das Persönlichkeitsrecht im Arbeitsverhältnis außerhalb des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensführung nicht

schränkenlos gewährleistet ist, kann ein Eingriff aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Ob die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers überwiegen, ist durch eine umfassende Güterabwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Das zulässige Maß einer Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmt sich dabei nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Eingriff muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Es muss ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung gegenüber einem Arbeitnehmer bestehen und die Überwachungsmaßnahme muss das mildeste Mittel darstellen, diesen Verdacht zu beweisen. Eine auf einen bloßen Generalverdacht gestützte Überwachung ist regelmäßig unzulässig.

Beweisverwertungsverbot im Gerichtsverfahren

Wenn die Kontrolle des Arbeitnehmers einen unverhältnismäßigen Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht darstellt, bedeutet dies nicht automatisch, dass der so erlangte Beweis in einem Gerichtsverfahren nicht verwertet werden kann (BAG, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 2 AZR 485/08; BAG, Urteil vom 13. Dezember 2007 – 2 AZR 537/06). Das Gesetz kennt für rechtswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel kein ausdrückliches prozessuales Verwendungs- bzw. Verwertungsverbot. Im gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Prozessbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber und ist bei der Urteilsfindung an die maßgeblichen Grundrechte gebunden. Das Gericht hat deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob die Verwertung von unzulässig erlangten persönlichen Informationen und Beweisen verfassungsrechtlich garantierte Rechtspositionen des Betroffenen erneut verletzen und diesen Eingriff damit perpetuieren würde. Hierzu führt das Gericht eine Interessenabwägung durch. Dabei überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels nur, wenn Aspekte hinzutreten, die über das Beweisinteresse hinausgehen. Der Arbeitgeber muss sich in einer Notwehrsituation befinden, in der er seine eigenen Rechte nicht durch andere Mittel als den rechtswidrig erlangten Beweis schützen kann.

Diese Rechtsprechung bestätigt das BAG in zwei aktuellen Entscheidungen zur heimlichen Spindkontrolle (BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 AZR 546/12) und zur heimlichen Videoüberwachung durch den Arbeitgeber (BAG, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11). In beiden Entscheidungen wurde im Ergebnis die Beweisverwertung abgelehnt.

BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 AZR 546/12

In dem der Entscheidung des BAG vom 20. Juni 2013 (Az.: 2 AZR 546/12) zu Grunde liegenden Fall verdächtigte der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer des Warendiebstahls. Um diesen Diebstahl beweisen zu können, öffnete der zuständige Geschäftsleiter im Beisein eines Mitglieds des Betriebsrats während der Arbeitszeit ohne Kenntnis und Anwesenheit des Arbeitnehmers dessen verschlossenen Spind und durchsuchte diesen. Dabei wurde die entwendete Ware entdeckt.

Das BAG hielt – wie auch die Vorinstanz – die Verwertung der Beweismittel, die der Arbeitgeber durch die heimlich erfolgte Durchsuchung gewonnen hat, für unzulässig. Mit der prozesualen Verwertung der Beweismittel gehe ein erneuter bzw. fortgesetzter Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einher, ohne dass ein solcher Eingriff durch überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt wäre. Körperliche und sonstige Untersuchungen wie die Kontrolle des persönlichen Schrankes des Arbeitnehmers, mitgeführter Taschen oder von Kleidungsstücken stellen einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar. Ein solcher Eingriff könne nur aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, wobei eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs vorzunehmen ist. Der persönliche Schrank eines Arbeitnehmers und dessen Inhalt sei Teil der Privatsphäre. Zwar seien diese nicht unter allen Umständen einer Kontrolle durch den Arbeitgeber entzogen, weil nicht der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sei, gleichwohl müssten Arbeitnehmer darauf vertrauen können, dass ihnen zugeordnete Schränke nicht ohne ihre Einwilligung geöffnet und dort eingebrachte persönliche Sachen nicht ohne ihr Einverständnis durchsucht werden. Geschieht dies dennoch, liege regelmäßig ein schwerwiegender Eingriff in ihre Privatsphäre vor, der nur bei Vorliegen zwingender Gründe gerechtfertigt sein könne. Verhältnismäßig sei eine Schrankkontrolle nur, wenn diese geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dem Arbeitgeber dürfen keine ebenso effektiven, den Arbeitnehmer weniger belastende Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Zudem müsse die Art und Weise der Kontrolle als solche den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.

Nach Ansicht des BAG erwies sich der Eingriff vorliegend als unverhältnismäßig. Der Arbeitgeber hätte den Arbeitnehmer zur Kontrolle seines Schrankes hinzuziehen müssen. Ein Grund, der unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs eine heimliche Durchsuchung hätte rechtfertigen können, habe nicht vorgelegen. Insbesondere wäre eine in Anwesenheit des Arbeitnehmers durchgeführte Schrankkontrolle gegen-

über einer heimlichen Durchsuchung ein milderes Mittel gewesen. Der Arbeitgeber hatte vorliegend keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass eine Kontrolle im Beisein des Arbeitnehmers weniger effektiv gewesen wäre. Die Kontrolle im Beisein des Arbeitnehmers hätte diesem die Möglichkeit gegeben, auf die Art und Weise der Durchsuchung Einfluss zu nehmen und die Durchsuchung unter Umständen – etwa durch freiwillige Herausgabe gesuchter Gegenstände – sogar ganz abzuwenden. Liegen konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat vor und zählt der Arbeitnehmer zu dem anhand objektiver Kriterien eingegrenzten Kreis der Verdächtigen, könne sich aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit § 242 BGB eine Verpflichtung des Arbeitnehmers ergeben, Aufklärungsmaßnahmen zu dulden. Die heimliche Durchsuchung führe jedoch dazu, dass dem Arbeitnehmer vorbeugender Rechtsschutz faktisch verwehrt und nachträglicher Rechtsschutz erschwert wird.

Das BAG stellt in dieser Entscheidung darüber hinaus klar, dass dem Arbeitgeber hinsichtlich mehrerer zur Verfügung stehender Aufklärungsmöglichkeiten kein Bewertungsspielraum zugebilligt werden kann, welche Maßnahme die geeignetste ist. Ein solcher Bewertungsspielraum würde dazu führen, dass der Arbeitgeber die Grenzen bestimmen könne, innerhalb derer Arbeitnehmer Schutz vor Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte beanspruchen können. Diese Feststellung obliege nicht dem Arbeitgeber.

BAG, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11

In seiner Entscheidung vom 21. November 2013 (Az.: 2 AZR 797/11), in der vom Arbeitgeber eine heimliche Videoüberwachung zur Aufklärung einer vermeintlichen Straftat eingesetzt wurde, bestätigt das BAG die vorgenannten Grundsätze. Darüber hinaus stellt der zweite Senat klar, dass die gleichen Grundsätze zur Beweisverwertung für „Zufallsfunde“ gelten. Werden Pflichtverstöße aufgrund einer heimlichen Überwachung entdeckt, die eigentlich zur Aufdeckung anderer vermeintlicher Straftaten durchgeführt wurde, seien diese nicht in jedem Fall unverwertbar, weil sie außerhalb des Beobachtungszwecks liegen. Auch bezogen auf solche Zufallsfunde müsse jedoch das Beweisinteresse des Arbeitgebers höher zu gewichten sein als das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das sei nur dann anzunehmen, wenn das mittels heimlicher Videodokumentation zu beweisende Verhalten zumindest eine schwerwiegende Pflichtverletzung zum Gegenstand hat und die verdeckte Videoüberwachung nicht auch dann noch unverhältnismäßig ist. Ist die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt,

dürfe die Videoaufzeichnung nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden.

Betriebsverfassungsrechtliches Verwertungsverbot

In kollektivrechtlicher Hinsicht sind bei Überwachungsmaßnahmen zwar die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Die Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel wird von der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung jedoch nicht beeinflusst. Weder führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats zu einem Beweisverwertungsverbot (BAG, Urteil vom 13. Dezember 2007 – 2 AZR 537/06), noch führt dessen Einwilligung in den Eingriff zur Zulässigkeit der Beweisverwertung (BAG, Urteil vom 21. Juni 2012 – 2 AZR 153/11).

Sachvortragsverwertungsverbot im Gerichtsverfahren

Von der prozessualen Verwertung des unrechtmäßig erlangten Beweises ist die Frage zu trennen, ob die durch unzulässigen Eingriff erworbenen Informationen als Sachverhalt im Gerichtsverfahren verwertet werden dürfen. Auswirkungen hat die Frage, wenn der vom Eingriff betroffene Arbeitnehmer den unrechtmäßig erlangten Sachvortrag nicht bestreitet, weil das Bestreiten eines richtigen Vortrages wider besseres Wissen einen Prozessbetrug darstellen kann. In diesem Fall gilt der Sachvortrag prozessual als zugestanden. Um diese Folge zu vermeiden, kann der betroffene Arbeitnehmer den Sachvortrag zwar nicht bestreiten, der Verwertung aber widersprechen. Das Gericht hat dann eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes des Arbeitnehmers vorzunehmen und zu entscheiden, ob der Sachvortrag zu verwerten ist. Für eine Verwertung spricht grundsätzlich, wenn der Pflichtverstoß auch aus anderen Informationsquellen bekannt geworden ist.

Fernwirkung rechtswidrig erlangter Beweise

Im Einzelnen ungeklärt ist die Frage, ob ein an sich zulässiges Beweismittel im Prozess nicht verwertet werden darf, weil es ohne eine zuvor in rechtswidriger Weise gewonnene Information nicht hätte erlangt werden können. Das BAG nimmt jedenfalls dann keine Fernwirkung an, wenn der Sachverhalt mit rechtlich unbedenklichen Mitteln nachgewiesen werden kann, nur weil das Wissen von der Geeignetheit eines solchen un-

bedenklichen Mittels auf rechtswidrige Weise erlangt wurde (BAG, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 2 AZR 485/8).

Fazit

Das BAG bestätigt in aktuellen Entscheidungen seine in den letzten Jahren geprägte Rechtsprechung. Die Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern ist aufgrund des Eingriffs in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Dies gilt gerade für die Fälle, in denen die Überwachungsmaßnahmen heimlich vorgenommen werden. Aufgrund der vom Gericht vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls sollten die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen und die Verwertung der so erlangten Informationen vor einer Kündigung genau geprüft werden. Vor einer heimlichen Kontrolle von Arbeitnehmern muss jede andere mildere Möglichkeit ausgeschöpft werden, die benötigten Informationen zu erlangen. Insbesondere sollte bei Kontrollen von Taschen, Kleidung, Schränken und E-Mail-Accounts in Erwägung gezogen werden, eine Durchsuchung im Beisein der Arbeitnehmer durchzuführen.



Dr. Volker Schneider

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Hamburg

Telefon +49 40 18067 12195

volker.schneider@luther-lawfirm.com



Sandra Sfinis

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Hamburg

Telefon +49 40 18067 12195

sandra.sfinis@luther-lawfirm.com

Korrektur von Verträgen durch Betriebsvereinbarung – Abkehr vom kollektiven Günstigkeitsprinzip?

Absenkung arbeitsvertraglicher Einheitsbedingungen (AGB) mit Betriebsvereinbarung, hier: Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen?

Das BAG hat mit einem Urteil vom 5. März 2013 wieder einmal die Fachwelt verwundert (Az: 1 AZR 417/12). Die Pressemitteilung verkündete noch harmlos, dass Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen wirksam seien. Die kürzlich erschienenen Urteilsgründe zwingen hingegen die Frage auf: Will das BAG seine restriktive Haltung gegenüber einer Absenkung von arbeitsvertraglichen Einheitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung aufgeben?

Kein Anlass zur der Aussage

Der eigentlichen Fall ist kurz beschrieben und auch recht leicht gelöst: Im Unternehmen gab es seit 1976 eine betriebliche Altersversorgung auf Basis einer Gesamtbetriebsvereinbarung (GBV). Sie versprach eine Altersrente, „wenn ein ... Mitarbeiter nach Vollendung des 65. Lebensjahres aus dem Arbeitsverhältnis ... ausscheidet“. Der Arbeitsvertrag aus 1980 sah vor, dass das Arbeitsverhältnis „auf unbestimmte Zeit abgeschlossen“ war. Mit dem Arbeitsvertrag wurde die GBV 1976 ausgehändigt. 1992 wurde die Altersversorgung durch eine neue GBV geregelt, die nun eindeutig eine Altersgrenze von 65 Jahren anordnete. Das BAG deutete schon die Regelung in der GBV 1976 als Altersgrenze (obwohl dort das Alter an sich nur Voraussetzung für die Rente war). Jedenfalls gegenüber dem Kläger, der noch mit Vollendung des 65. Lebensjahres den Anspruch auf die Regelaltersrente erworben hatte, sei die

Altersgrenze eindeutig wirksam. Seinen Arbeitsvertrag habe der Arbeitnehmer wegen der gleichzeitig ausgehändigten GBV mit der vermeintlich klaren Altersgrenze nicht als bis ans Lebensende unbefristeten Arbeitsvertrag verstehen dürfen. Die Interpretation der Regelungen durch das BAG ist nicht zwingend. Aus Sicht des BAG hätte der Fall aber eindeutig sein müssen: Es gab eine Betriebsvereinbarung mit Altersgrenze und keinerlei für den Arbeitnehmer günstigere arbeitsvertragliche Regelung, die verdrängt worden sein könnte. Das wäre an sich das Ende der Diskussion (und keiner Diskussion würdig).

AGB immer betriebsvereinbarungsoffen!?

Umso mehr überrascht eine letzte Erklärung des ersten Senates, die bewusst ohne Entscheidungsrelevanz hinzugefügt wird. Auf immerhin einer Seite erläutert das BAG, was es im folgenden Satz ausdrückt: „Eine ... konkludente Vereinbarung [der Betriebsvereinbarungsoffenheit] ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat.“

Zuvor ließ das BAG seit 1986 die Absenkung von arbeitsvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen nur in zwei Varianten zu: Entweder wurde der Arbeitsvertrag für Absenkungen durch Betriebsvereinbarung ausdrücklich geöffnet oder im Arbeitsvertrag geregelte Sozialleistungen mit kollektivem Bezug werden kollektiv günstig umstrukturiert. Letzteres hieß: Einzelnen Arbeitnehmern gegenüber durften Konditionen nur verschlechtert werden, wenn ein vom BAG vermuteter „Topf“ dieser Leistungen an alle Arbeitnehmer nicht gemindert wurde: das ist das vom BAG erfundene „kollektive Günstigkeitsprinzip“.

Das BAG konnte sich aus rechtlichen Gründen nicht von der Entscheidung aus 1986 lösen. Das „kollektive Günstigkeitsprinzip“ gilt noch immer. Aber: Das BAG unterstellt Arbeitsverträgen, soweit sie als AGB gelten, generell die Variante 1 – nämlich die ausdrückliche Gestattung, die Regeln durch Betriebsvereinbarung auch abzusenken. Anders als sonst bei der AGB-Kontrolle verlangt es den Arbeitnehmern ein weitreichendes Verständnis ab: „Da AGB ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind“ (!).

Der 1986 und formal auch heute noch postulierte kollektive Bezug ist schwach ausgeprägt: Natürlich haben Versorgungsordnungen einen kollektiven Bezug. Aber müssen wirklich alle Arbeitnehmer aus kollektiven Gründen mit 65 aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden? Das sieht bekanntlich schon der Gesetzgeber anders. Das Merkmal „kollektiver Bezug“ hat also wohl keine große Bedeutung mehr.



Dietmar Heise

Partner

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Stuttgart

Telefon +49 711 9338 25719

dietmar.heise@luther-lawfirm.com

Die Vermutung liegt nahe, dass das BAG eine Änderung ankündigen wollte: In Allgemeine Arbeitsbedingungen (= AGB) gegossene Arbeitsverträge sollen Arbeitgeber und Betriebsrat grundsätzlich auch zum Nachteil der Arbeitnehmer ändern können. Das ist eine neue Freiheit. Einzelne Rechtswissenschaftler fragen sich erstaunt, ob das Urteil ein Versehen ist. Immerhin steht gerade der erste Senat des BAG nicht in dem Ruf, Arbeitgeber permanent zu bevorzugen. Es sind aber keine Hinweise zu finden, dass das BAG die Äußerungen gar nicht tätigen wollte. Daher bleibt abzuwarten, ob und wie der erste Senat seine Rechtsprechung bei passender Gelegenheit fortsetzt und mit derjenigen der anderen Senate abgleicht: Immerhin hat der 10. Senat noch 2009 erklärt, eine Betriebliche Übung (nach Lesart des BAG Allgemeine Arbeitsbedingungen) könne durch Betriebsvereinbarung nur verschlechtert werden, wenn dies ausdrücklich (!) vereinbart sei.

Passe partout oder Notausgang?

Für die Theorie kann das Urteil eine große Wende sein. Für die Praxis dürfte der Befund auf Sicht wesentlich nüchterner ausfallen. An sich ist zwar wohl jedes Unternehmen betroffen: Wer gibt seinen Arbeitnehmern nicht den Arbeitsvertrag als grundsätzlich unabänderliches Muster, also als Allgemeine Arbeitsbedingung vor? Aber ein Unternehmen, das bestehende Arbeitsverträge verschlechtern will, muss erst einmal seinen Betriebsrat dafür gewinnen. Das ist sicher nicht der Normalfall des betrieblichen Lebens. Außerdem darf die Betriebsvereinbarung nicht durch bestehende oder übliche Tarifverträge gesperrt sein.

Auf den vom BAG angedeuteten Weg zu bauen bedeutet Hoffen. Für die Zukunft ist Vorsorge eine bessere Option: Es war schon immer möglich, den Arbeitsvertrag unter den Vorbehalt der Änderung – auch der Verschlechterung – durch Betriebsvereinbarung zu stellen. Das geschieht derzeit wohl so gut wie nie. Zu klären wird nur sein, ob wertmäßige Grenzen gelten wie bei vertraglichen Widerrufsvorbehalten.

In diesem Lichte ist der neue Weg (nur) ein Notausgang für akute Fälle, den das BAG hoffentlich geöffnet hält.

Nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Rechtsfolge

BAG, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13

Erfolgt der Einsatz eines Leiharbeitnehmers entgegen § 1 Abs. 1 Satz 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nicht nur vorübergehend, kommt zwischen ihm und dem Entleiher gleichwohl kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Arbeitgeber die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt.

Der Fall

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis begründet wurde. Die Beklagte zu 1. betreibt mehrere Kliniken. Der Kläger wurde von der Beklagten zu 2., einer 100%-igen Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1., als Leiharbeitnehmer eingestellt und seit mehreren Jahren als IT-Sachbearbeiter ausschließlich bei der Beklagten zu 1. im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt. Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte zu 2. betreibe verbotene Arbeitsvermittlung. Er sei der Beklagten zu 1. nicht nur vorübergehend überlassen worden mit der Folge, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung des Klägers teilweise abgeändert und festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis mit einer Beschäftigung des Klägers als IT-Sachbearbeiter besteht.

Die Entscheidung

Die Revision der Beklagten zu 1. und zu 2. hatte Erfolg. Das BAG bestätigt zunächst nochmals seine Rechtsprechung, wonach eine nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermutende Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Folge habe, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem

Entleiher begründet werde. Nach Ansicht des BAG führt ein Verstoß gegen das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer, wenn der Verleiher die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiere ausschließlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses bei Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift für den Fall der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung fehle es nach Ansicht des BAG bereits an einer planwidrigen Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber habe bewusst davon abgesehen, dass auch eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leihunternehmen bewirkt. Auch gebe die Leiharbeitsrichtlinie (Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit) die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot eines nicht nur vorübergehenden Einsatzes eines Leiharbeitnehmers beim Entleiher nicht vor. Die Auswahl wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen sei angesichts der Vielzahl möglicher Verstöße gegen Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht Aufgabe der Gerichte, sondern des Gesetzgebers. Nach Ansicht des BAG ist auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses dürfe nicht über den Grundsatz von Treu und Glauben herbeigeführt werden, da der Gesetzgeber sich dazu entschieden habe, einen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht mit der Sanktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher zu versehen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Sie klärt die in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte und Literatur nach der zum 1. Dezember 2011 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG umstrittene Frage, ob eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leihunternehmen zur Folge hat. Bis zum 30. November 2011 war die Dauer der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – nach der Aufhebung der bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Höchstüberlassungsdauer von 24 aufeinander-

derfolgenden Monaten – zeitlich unbegrenzt zulässig. Nach der zum 1. Dezember 2011 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 ÄUG darf die Arbeitnehmerüberlassung nur noch vorübergehend erfolgen. Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung war bislang streitig.

Das BAG hat in der vorliegenden Entscheidung jedoch keine Aussage dazu getroffen, wann eine Arbeitnehmerüberlassung noch als vorübergehend anzusehen ist. Allerdings sieht der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 27. November 2013 hierzu vor, die Überlassungshöchstdauer auf 18 Monate zu begrenzen. Es bleibt somit abzuwarten, ob der Gesetzgeber hierzu eine Regelung in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aufnehmen wird. Bereits heute ist jedoch bei der Gestaltung einer Arbeitnehmerüberlassung darauf zu achten, dass im Fall einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ein Widerruf der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis mit Wirkung für die Zukunft drohen kann. Zudem ist zu beachten, dass nach Ansicht des BAG ein im Betrieb des Entleihers existierender Betriebsrat die Zustimmung zur Übernahme des Leiharbeitnehmers nach § 14 Absatz 3 Satz 1 AÜG, § 99 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz verweigern kann, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers nicht nur vorübergehend beabsichtigt ist (vgl. BAG, Beschluss vom 10. Juli 2013 – 7 ABR 91/11).



Achim Braner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a.M.
Telefon +49 69 27229 23839
achim.braner@luther-lawfirm.com

Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“

BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 –
6 AZR 805/11

Kündigungen „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ sind zulässig, wenn der Kündigungstermin für den Arbeitnehmer bestimmbar ist.

Der Fall

Über das Vermögen des Arbeitgebers war das Insolvenzverfahren eröffnet worden; der Insolvenzverwalter kündigte alle Arbeitsverhältnisse mit gleichlautenden Kündigungsschreiben ordentlich aus betriebsbedingten Gründen „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Im Kündigungsschreiben wurde näher ausgeführt, wie sich die gesetzlichen Kündigungsfristen berechnen und dass sich die Kündigungsfristen in der Insolvenz, unabhängig davon, ob sie sich aus Gesetz, Tarif- oder Arbeitsvertrag ergeben, auf drei Monate reduzieren. Die Klägerin wandte sich gegen die Wirksamkeit der Kündigung. Sie war der Auffassung, dass die Kündigung schon deshalb unwirksam ist, weil sie nicht hinreichend bestimmt ist.

Die Entscheidung

Nachdem die Vorinstanzen der Klägerin Recht gegeben hatten, war die Revision des beklagten Insolvenzverwalters erfolgreich.

Das BAG führte aus, dass Kündigungen bestimmt und unmissverständlich zu erklären sind. Der Empfänger einer ordentlichen Kündigung muss erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Dies ist jedenfalls gewährleistet, wenn der Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist genannt wird. Es kann jedoch auch ausreichend sein, auf die maßgebliche gesetzliche Regelung hinzuweisen, wenn der Arbeitnehmer dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin sein Arbeitsverhältnis enden soll.

Das BAG sah die Kündigung des Insolvenzverwalters als hinreichend bestimmt an, weil sie sich nicht auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ be-

schränkte, sondern zugleich angab, nach welchen Vorschriften sich die Kündigungsfrist konkret bemisst. Die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen, namentlich die gesetzlichen Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB und die Verkürzung der Kündigungsfristen auf drei Monate in der Insolvenz gemäß § 113 InsO, wurden dezidiert dargelegt. Die Klägerin musste nur die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit kennen, um den Kündigungstermin bestimmen zu können. Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, kann der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG davon ausgehen, dass seine Arbeitnehmer ihre Betriebszugehörigkeit kennen und deshalb mithilfe dieser Information unschwer bestimmen können, zu welchem „nächstmöglichen Zeitpunkt“ ihr Arbeitsverhältnis enden wird.

Unser Kommentar

Das BAG betont, dass eine ordentliche Kündigung jedenfalls dann hinreichend bestimmt ist, wenn der Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist in dem Kündigungsschreiben angegeben wird. Dem Bestimmtheitsgebot wird daher Genüge getan, wenn die Kündigung wie folgt formuliert wird: *„Hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich unter Beachtung der für Sie maßgeblichen gesetzlichen/tariflichen/vertraglichen Kündigungsfrist zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dies ist nach unserer Berechnung der [·].“* Bei einer solchen Formulierung wäre es auch regelmäßig unschädlich, wenn der Kündigungstermin versehentlich falsch berechnet wurde. Die Kündigung wäre dann regelmäßig dahin auszulegen, dass sie das Arbeitsverhältnis zum zutreffenden Termin beenden soll (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2005 – 2 AZR 148/05).

Diese Handhabung geht aber bei Massenentlassungen, etwa wie hier wegen Insolvenz des Arbeitgebers, mit erheblichem Aufwand einher: Für jeden Arbeitnehmer muss individuell die für ihn geltende Kündigungsfrist ermittelt und sodann der Kündigungstermin berechnet werden. Für diese Situation stellt das BAG-Urteil nun eine entscheidende Erleichterung dar: Es genügt dem Bestimmtheitsgebot bereits, wenn die Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ ausgesprochen wird und dem Arbeitnehmer die Parameter an die Hand gegeben werden, mit deren Hilfe er die für ihn maßgebliche Kündigungsfrist selbst ermitteln kann. Im Falle der Kündigung wegen Insolvenz des Arbeitgebers müsste demnach zunächst das System der gesetzlichen Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB dargestellt werden. Sodann müsste die insolvenzrechtliche Besonderheit erläutert werden, dass Kündigungsfristen gemäß § 103 InsO auf drei Monate reduziert werden, sofern sie nicht ohnehin kürzer sind. Das Verhältnis des § 103 InsO zu den gesetzlichen, tarif- und einzelvertraglichen Kündigungsfristen müsste darge-

legt werden. Schließlich müsste ausgeführt werden, wie sich dies auf befristete Arbeitsverhältnisse auswirkt.

Die Verwendung eines solchen einheitlichen Kündigungsschreibens bietet sich immer dann an, wenn eine Vielzahl von Kündigungen auszusprechen ist und die Erstellung individueller Kündigungsschreiben einen ungleich höheren Arbeitsaufwand bedeuten würde. Es muss jedoch sorgfältig darauf geachtet werden, dass das Kündigungsschreiben dann alle in Betracht kommenden Konstellationen berücksichtigt und jeder Mitarbeiter durch das Schreiben in die Lage versetzt wird, den für ihn geltenden Kündigungstermin ohne weiteres zu ermitteln. Besondere Vorsicht ist geboten, sofern in der Vergangenheit Umstrukturierungen erfolgt sind, bei denen nicht zweifelsohne festzustellen ist, ob sie u.U. einen Betriebsübergang ausgelöst haben. Die Berechnung der Kündigungsfrist kann nämlich nur dann ohne weiteres von dem Arbeitnehmer vorgenommen werden, wenn er seine Betriebszugehörigkeit problemlos bestimmen kann. Kann er dies – etwa wegen eines zweifelhaften Betriebsübergangs – nicht, fehlt es an der Bestimmbarkeit des Kündigungstermins und damit an der Bestimmtheit der Kündigung.

Problematisch könnten nach dieser Entscheidung auch Kündigungserklärungen sein, die das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt beenden, ohne dass die Grundlagen zur Berechnung der Kündigungsfrist näher dargelegt werden. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG diese Kündigungserklärungen beurteilen wird.



Dr. Sarah Zimmermann

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Köln

Telefon +49 221 9937 25693

sarah.zimmermann@luther-lawfirm.com

Ende der Dynamik bei Kündigung des Anerkennungstarifvertrags

BAG, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 4 AZR 473/12

Wird in einem „Altvertrag“ ein Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug genommen, an den der Arbeitgeber durch Anerkennungstarifvertrag gebunden ist, endet mit dem Wegfall der Tarifgebundenheit regelmäßig die Dynamik.

Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten seit 1995 als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Der Arbeitsvertrag des Klägers enthält neben einem Verweis auf tarifliche Urlaubs- und Kündigungsfristenregelungen eine Vereinbarung über „ein Bruttogehalt nach der Tarifgruppe 5/4 in Höhe von DM 5.400“, welches sich aus einem Tarifgehalt in Höhe von DM 4.848 und einer außertariflichen Zulage in Höhe von DM 552 zusammensetzt. Die Beklagte war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags kein Mitglied in einem Arbeitgeberverband. Sie war zu dieser Zeit allerdings an einen mit der IG Metall geschlossenen Anerkennungstarifvertrag gebunden, der mehrere Verbandstarifverträge der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie in Bezug genommen und vorübergehend teilweise modifiziert hatte. Die Beklagte kündigte den Anerkennungstarifvertrag mit Wirkung zum 31. Dezember 2001. Die Änderungen der Verbandstarifverträge wurden in dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2011 nicht länger umgesetzt. Der Kläger hat mit seiner Klage unter anderem Vergütungsdifferenzen zwischen dem erhaltenen Entgelt und den zwischenzeitlich erhöhten tariflichen Tabellenwerten der Tarifgruppe 5/4 geltend gemacht, welche durch die Beklagte an ihn nicht mehr weitergegeben worden waren.

Die Entscheidung

Wie die Vorinstanz (LAG Nürnberg – 4 Sa 12/10) wies auch das BAG die Klage des Arbeitnehmers ab. Nach Auffassung des BAG hatte der Kläger keinen Anspruch auf die geltend gemachten Vergütungsdifferenzen. Das BAG vertritt die Ansicht, dass – selbst wenn man zugunsten des Arbeitnehmers die Regelungen des Arbeitsvertrags als dynamische Bezugnahme auf die jeweiligen Vergütungsregelungen nach dem Mantel-, dem Lohn- und Gehaltsrahmen- sowie dem Vergütungstarifvertrag der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie verstünde – diese Dynamik jedenfalls aufgrund des Wegfalls der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach der Kündigung des Anerkennungstarifvertrags geendet habe. Das BAG begründet seine Entscheidung mit einem Verweis auf die frühere Rechtsprechung des 4. Senats zur Gleichstellungsabrede, wonach die Dynamik einer Bezugnahmeklausel – gleichlaufend mit der Geltung tarifvertraglicher Regelungen für gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer – mit der Beendigung der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ebenfalls endet. Diese Rechtsprechung des BAG zur Gleichstellungsabrede gilt aufgrund Vertrauensschutzes für vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Arbeitsverträge („Altverträge“) weiterhin. Nach Ansicht des BAG besteht kein Unterschied, ob die Tarifgebundenheit an im Arbeitsvertrag in Bezug genommene tarifvertragliche Regelungen auf einer Mitgliedschaft im jeweiligen Arbeitgeberverband beruht oder durch einen zwischen dem Arbeitgeber und der Gewerkschaft geschlossenen Anerkennungstarifvertrag vermittelt wird. Der Senat sah daher keine Veranlassung, seine Vertrauensschutzrechtsprechung hinsichtlich der Dynamik von Bezugnahmeklauseln in Altverträgen zu modifizieren.

Unser Kommentar

Mit seinem Urteil hat das BAG seine Rechtsprechung zur Dynamik von Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen, welche von den Parteien vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossen wurden, nochmals bestätigt und um einen neuen Aspekt erweitert. Nunmehr ist durch höchstrichterliche Entscheidung klar gestellt, dass es für die Frage der Beendigung der Dynamik von Bezugnahmeklauseln unerheblich ist, ob die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers aus einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder einem mit der Gewerkschaft geschlossenen Anerkennungstarifvertrag folgt. Die Entscheidung des Senats ist auch insofern erfreulich, als das Gericht keine Veranlassung gesehen hat, seine Rechtsprechung zum Vertrauensschutz bei Altverträgen zu modifizieren und somit in dieser Hinsicht weiterhin eine für Arbeitgeber verlässliche und klare Rechtsprechungslinie verfolgt wird. Auch zukünftig ist daher bei der rechtlichen Bewertung von Bezugnahmeklau-

seln in Arbeitsverträgen nur danach zu entscheiden, ob der Arbeitsvertrag vor oder nach dem Stichtag des 1. Januar 2002 geschlossen wurde. Wurde die dynamische Bezugnahme Klausel von den Parteien vor dem 1. Januar 2002 vereinbart, endet ihre dynamische Wirkung mit dem Ende der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers und zwar unabhängig davon, ob die Tarifgebundenheit durch Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder durch einen Anerkennungstarifvertrag vermittelt wurde. Ist die dynamische Bezugnahme Klausel dagegen in einem am oder nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag enthalten, so bleibt die Dynamik der Bezugnahme Klausel auch dann erhalten, wenn der Arbeitgeber nicht mehr tarifgebunden ist.



Nadine Ceruti

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a.M.

Telefon +49 69 27229 24795

nadine.ceruti@luther-lawfirm.com

Kein Entschädigungsanspruch gegen den Personalvermittler bei Diskriminierung

BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – 8 AZR 118/13

Ansprüche auf Entschädigung bei Verstößen gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) nach § 15 Abs. 2 müssen gegen den Arbeitgeber gerichtet werden. Wird bei der Ausschreibung von Stellen ein Personalvermittler eingeschaltet, haftet dieser für solche Ansprüche nicht.

Der Fall

Der Kläger hatte sich im September 2011 auf eine in einem Online-Portal ausgeschriebene Stelle als Personalvermittler mit einer Berufserfahrung von ein bis zwei Jahren und den Karrierestatus als Berufseinsteiger beworben. Die Stelle beinhaltete für potenzielle Bewerber die Aufforderung, sich bei „unserer Niederlassung Braunschweig“ zu bewerben. Die Bewerbung sollte an die UPN GmbH – die Beklagte - in Ahrensburg, Frau B., gerichtet werden. Am Ende der Stellenausschreibung wurde wegen etwaiger „Kontaktinformationen für Bewerber“ auch auf eine UP GmbH in Ahrensburg verwiesen. Der Kläger bewarb sich unter der angegebenen E-Mail-Adresse der Frau B., das Bewerbungsschreiben richtete er an die UP GmbH. Er erhielt eine Absage per E-Mail, deren Absenderin die UPN GmbH (Frau B.) war. Die UPN GmbH begründete die Bewerbungsablehnung damit, dass die Aufgaben insgesamt vertriebsorientiert seien, während der Schwerpunkt des Klägers in der Vergangenheit eindeutig in der Lehr- und Dozententätigkeit gelegen habe. Daraufhin verklagte der Kläger die UPN GmbH auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung, da die Ausschreibung wegen der Bezugnahme auf die Berufserfahrung von ein bis zwei Jahren und den Karrierestatus als Berufseinsteiger als Indiz für eine Altersdiskriminierung zu werten sei. Im Prozess argumentierte die UPN GmbH, die UP GmbH habe die Stelle für deren Standort Braunschweig ausgeschrie-

ben, sie trete lediglich für die rechtlich selbstständige Schwes-
tergesellschaft als Personalvermittlerin auf.

Die Entscheidung

Nach der Entscheidung des BAG kann sich der Anspruch nach § 15 AGG nur gegen den zukünftigen Arbeitgeber – in diesem Fall die UP GmbH - richten. Die Beklagte war demgegenüber lediglich Personalvermittlerin. Dies gilt selbst dann, wenn die Vermittlung als solche für den zukünftigen Arbeitnehmer nicht erkennbar ist. Hierzu hatte die Vorinstanz bereits ausgeführt, dass die Beklagte nicht Schuldnerin des Klageanspruchs und demnach bereits nicht passivlegitimiert sei. Zwar sei dem Kläger zuzugestehen, dass die Vorgehensweise der Beklagten undurchsichtig gewesen sei. Die Hinweise auf die tatsächliche Arbeitgeberin – die UP GmbH – seien jedoch ausreichend gewesen. Die Stellenausschreibung wies eindeutig auf die Kontaktinformationen des Arbeitgebers hin. Auch hatte der Kläger die Bewerbung an den zukünftigen Arbeitgeber und nicht an die Personalvermittlung gerichtet. Schließlich ging auch aus dem Internetauftritt hervor, dass die Niederlassung in Braunschweig zum Arbeitgeber gehöre, die Personalvermittlung dort hingegen keinen Standort habe. Diese objektiven Umstände hielt das Gericht für ausreichend, um eine Haftung gegen die Personalvermittlung auszuschließen, auch wenn § 15 Abs. 2 AGG im Gegensatz zu § 15 Abs.1 AGG nicht ausdrücklich auf den Arbeitgeber als Anspruchsgegner hinweise.

Unser Kommentar

Für den Arbeitnehmer gilt wieder einmal mehr: Augen auf bei der Auswahl der Beklagten. Die Klage muss sich gegen den Anspruchsgegner richten – im Fall von § 15 AGG ist dies der potenzielle zukünftige Arbeitgeber. Daher hat sich das BAG, anders als die Vorinstanzen, nicht mit der Frage beschäftigt, ob der Kläger durch die Formulierung „Berufseinsteiger - Berufserfahrung von ein bis zwei Jahren“ wegen seines Alters (damals 42 Jahre) diskriminiert worden war. Die Vorinstanz hatte eine Altersdiskriminierung allerdings verneint. Das BAG hat offen gelassen, ob gegen den Personalvermittler andere Ansprüche auf Schadensersatz bestehen.

Für den Arbeitgeber ist ebenfalls Vorsicht geboten: Diskriminiert die Stellenausschreibung eines Personalvermittlers den Bewerber, so haftet der zukünftige Arbeitgeber nach § 15 AGG, unabhängig davon, aus wessen Feder die Formulierung der Stellenausschreibung stammt. Das BAG führt hier konsequent die Rechtsprechung zu § 611a BGB (alte Fassung) fort. Hierzu hatte schon einmal das Bundesverfassungsgericht ent-

schieden, dass der Arbeitgeber haftet, wenn die vom ihm veranlasste Ausschreibung durch die Bundesanstalt für Arbeit (heute: Agentur für Arbeit) geschlechtsdiskriminierend ist und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber auf die Textfassung in der Stellenbörse keinerlei Einfluss hatte.

Für die Praxis ist diese Entscheidung sehr relevant. Der Arbeitgeber haftet, auch wenn er nicht der Urheber des Textes der Stellenausschreibung ist. Daher sollten Arbeitgeber, der eine Personalvermittlung einschalten, eine Vereinbarung schließen, nach der die Personalvermittlung die Haftung für Ausschreibungen übernimmt, die sie selbst in diskriminierender Weise erstellt hat.



Dagmar Hellenkemper

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen

Telefon +49 201 9220 24627

dagmar.hellenkemper@luther-lawfirm.com

Innerbetriebliche Ausschreibungspflicht vor Einsatz von Leiharbeit- nehmern

BAG, Beschluss vom 15. Oktober 2013 –
1 ABR 25/12

Arbeitsplätze sind, auch soweit sie mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen, auszuschreiben, wenn der Betriebsrat dies gemäß § 93 BetrVG verlangt hat. Hiervon kann nur abgesehen werden, wenn feststeht, dass mit Bewerbungen von bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern offenkundig nicht zu rechnen ist.

Der Fall

Die Arbeitgeberin beschäftigte in verschiedenen Produktionsbereichen ihres Betriebs Leiharbeitnehmer. Im gleichen Zeitraum endeten zahlreiche befristete Arbeitsverträge, welche entweder von der Arbeitgeberin vorzeitig gekündigt oder nicht fortgesetzt worden waren. Eine innerbetriebliche Stellenausschreibung vor der Übernahme der Leiharbeitnehmer war dabei nicht erfolgt.

Die im Betrieb der Arbeitgeberin bestehende Betriebsvereinbarung „Stellenausschreibungen“ bestimmt, dass grundsätzlich jeder neue oder frei werdende Arbeitsplatz im Betrieb auszuschreiben ist. Ergänzend regelt die Betriebsvereinbarung „Auswahlrichtlinien“ den Vorrang innerbetrieblicher Bewerber bei befriedigender Qualifikation vor externen Bewerbern.

Der Betriebsrat hat die Feststellung beantragt, dass die Arbeitgeberin die Stellen, auf denen Leiharbeitnehmer beschäftigt werden sollen, unabhängig von deren Übernahmezeit, innerbetrieblich auszuschreiben hat.

Die Entscheidung

In seinem Beschluss gibt der Senat dem Feststellungsantrag des Betriebsrats statt.

Die Arbeitgeberin sei verpflichtet, Arbeitsplätze auszuschreiben, die sie mit Leiharbeitnehmern besetzen will, wenn deren Einsatzzeit zumindest vier Wochen betragen soll. Dies ergebe sich bereits aus dem in den Betriebsvereinbarungen geregelten Vorrang von innerbetrieblichen Stellenbewerbern.

Zur Begründung verweist das BAG außerdem auf den Wortlaut von § 93 BetrVG, nach dem der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen kann, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt. Für eine solche Sichtweise spreche zudem der systematische Zusammenhang zwischen § 93 BetrVG und § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sowie der Normzweck des § 93 BetrVG.

Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG knüpfe wie der in § 93 BetrVG verwandte Begriff an die Besetzung eines Arbeitsplatzes an. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG habe ein Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung einzuholen und dabei über den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz zu unterrichten. Dabei könne der Betriebsrat die Zustimmung zu der Einstellung verweigern, wenn die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung des Arbeitsplatzes im Betrieb unterblieben ist. Eine Einstellung nach § 99 BetrVG liege vor, wenn Personen in den Betrieb eines Arbeitgebers eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Betriebsinhaber stehen, sei dabei ohne Bedeutung. Zu den nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zustimmungspflichtigen Einstellungen gehöre daher auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb.

Nach Auffassung des Senats soll die Vorschrift des § 93 BetrVG es dem Betriebsrat im Interesse der von ihm vertretenen Belegschaft ermöglichen, durch die Bekanntmachung der freien Beschäftigungsmöglichkeiten den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren. Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollen die Gelegenheit erhalten, sich auf die zu besetzenden Arbeitsplätze zu bewerben. Daneben solle das Stellenbesetzungsverfahren für die verfügbaren Arbeitsplätze durch die innerbetriebliche Stellenausschreibung transparent ausgestaltet werden.

Der Arbeitsplatz werde dem innerbetrieblichen Stellenmarkt nicht allein dadurch entzogen, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsplatz mit einem Leiharbeiter besetzen will. Von der Ausschreibungspflicht könne allenfalls dann abgesehen werden, wenn feststeht, dass mit Bewerbungen von bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern offenkundig nicht zu rechnen ist.

Unser Kommentar

Mit diesem Beschluss bestätigt der Senat seine bisherige Rechtsprechung und führt diese fort. Bereits im Jahr 2011 hatte er entschieden, dass der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung sämtlicher Arbeitsplätze, die er mit Leiharbeitern zu besetzen beabsichtigt, verlangen kann (BAG, Beschluss vom 1. Februar 2011 – 1 ABR 79/09). Allerdings bezog sich der Antrag des Betriebsrats in diesem Fall nur auf solche Arbeitsplätze, die vom Arbeitgeber dauerhaft für die Besetzung mit Leiharbeitern vorgesehen waren. Die Frage, ob dies auch für Arbeitsplätze gilt, die nur vorübergehend, also für weniger als ein Jahr, mit Leiharbeitern besetzt werden sollen, wurde damit zunächst nicht beantwortet und wird mit dem nun vorliegenden Beschluss im Sinne des Betriebsrats entschieden.

Im Hinblick darauf, dass das BAG in seiner Entscheidung nicht näher definiert hat, wann mit Bewerbungen von bereits im Unternehmen beschäftigten Mitarbeitern „offenkundig“ nicht zu rechnen ist, ist es für Arbeitgeber ratsam, die Ausschreibung ausnahmslos – wenn auch ggf. mit kurz bemessenen Fristen – durchzuführen.



Bettina Partzsch, LL.M. (Melbourne)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 14837
bettina.partzsch@luther-lawfirm.com

Zur Arbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden nach § 5 BetrVG

BAG, Beschluss vom 6. November 2013 – 7 ABR 76/11

Die Arbeitnehmereigenschaft eines Auszubildenden nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG setzt sowohl den Abschluss eines auf die Ausbildung gerichteten Vertrags als auch die Eingliederung des Auszubildenden in den Betrieb des Ausbildenden voraus. Es kommt nicht darauf an, ob der zu seiner Berufsausbildung Beschäftigte eine Geldleistung erhält.

Der Fall

Die Arbeitgeberin betreibt ein Klinikum und ist zudem Träger einer Ausbildungsstätte für Gesundheitsberufe (sog. Medizinische Schule). An der Medizinischen Schule werden sowohl Schülerinnen und Schüler unterrichtet, die mit der Arbeitgeberin einen Ausbildungsvertrag geschlossen haben, als auch solche, die in einem Ausbildungsverhältnis mit einer anderen Einrichtung stehen und von dieser zum Unterricht in die Schule entsandt werden. Im Herbst 2010 kam es zwischen der Arbeitgeberin und dem bei ihr bestehenden Betriebsrat aufgrund des zeitlichen Umfangs des schulischen Ausbildungsteils zu Meinungsverschiedenheiten über die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft von 130 Schülern. Hierbei handelte es sich um Personen, die in den Bereichen Medizinisch-technische Laboratoriumsassistenten, Physiotherapie und Medizinisch-technische Radiologieassistenten ausgebildet wurden, mit der Arbeitgeberin jeweils einen Ausbildungsvertrag geschlossen hatten und die praktische Ausbildung im Betrieb der Arbeitgeberin absolvierten. Eine Ausbildungsvergütung erhielten sie nicht.

Die Entscheidung

Das vom Betriebsrat eingeleitete Beschlussverfahren auf Feststellung, dass es sich bei den vorgenannten Auszubildenden um Arbeitnehmer i. S. v. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG handelte, war in allen Instanzen erfolgreich. Das BAG hat bereits in der Vergangenheit entschieden (vgl. zuletzt BAG, Beschluss vom 16. November 2011 – 7 ABR 48/10), dass die Arbeitnehmereigenschaft eines zu seiner Berufsausbildung Beschäftigten neben dem Abschluss eines auf die Ausbildung gerichteten privatrechtlichen Vertrags voraussetzt, dass der Auszubildende – wie hier – in einen Betrieb des Ausbildenden eingegliedert ist. Anders als bei einer rein schulischen Ausbildung, bei der regelmäßig nicht von einer Eingliederung ausgegangen werden kann, vollzog sich die berufspraktische Ausbildung angesichts der der Ausbildung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften sowie der tatsächlichen praktischen Ausgestaltung vorliegend im Rahmen des arbeitstechnischen Betriebszwecks der Arbeitgeberin. Die betrieblich-praktische Ausbildung war der schulischen Ausbildung in qualitativer Hinsicht des Weiteren auch zumindest gleichwertig. Eine quantitative, sprich: stundenmäßige Gleichwertigkeit der verschiedenen Ausbildungsabschnitte sah der 7. Senat des BAG ausdrücklich als nicht erforderlich an. An der Einordnung der Auszubildenden der Arbeitgeberin als Arbeitnehmer i. S. d. Betriebsverfassungsrechts änderte im Übrigen auch die Tatsache, dass die Auszubildenden keine Auszubildendenvergütung erhielten, nichts. Hierauf kommt es nach Auffassung des BAG nicht an.

Unser Kommentar

Die vorliegende Entscheidung knüpft nahtlos an die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden an. Maßgeblicher Ausgangspunkt der Entscheidung war auch hier erneut die tatsächliche Eingliederung der Auszubildenden in den Betrieb des Ausbildenden. Zur Beurteilung der Frage, wann dies der Fall ist, gibt das BAG einen Rahmen vor und macht deutlich, dass zumindest auch eine betrieblich-praktische Unterweisung zu erfolgen hat, in der der Auszubildende beruflich aktiv tätig ist. Des Weiteren macht das BAG noch einmal klar, dass die betrieblich-praktische Ausbildung die schulische Ausbildung in qualitativer Hinsicht überwiegen oder dieser zumindest gleichwertig sein muss. In der betrieblichen Praxis bietet es sich zur Feststellung des betriebsverfassungsrechtlichen Status eines Auszubildenden dementsprechend an, die der Ausbildung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften sowie die tatsächliche Ausgestaltung des praktischen Unterrichts – insbesondere im Hinblick auf den

Betriebszweck des Ausbildungsbetriebs – auf etwaige Anhaltspunkte hin zu prüfen, die für eine etwaige Eingliederung sprechen (z. B. Dauer der Ausbildung; theoretischer und/oder praktischer Unterricht; selbstständiges Arbeiten/Arbeit unter Aufsicht).

Vorliegende Entscheidung zeigt im Übrigen auch, dass die Frage der Arbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden mitunter weitreichende Folgen haben kann. § 5 Abs. 1 BetrVG beschreibt den Personenkreis, der vom Betriebsrat eines Betriebs repräsentiert wird. Personen, die hiernach nicht Arbeitnehmer sind, haben dementsprechend kein aktives oder passives Wahlrecht bei Betriebsratswahlen und werden auch nicht von den betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- bzw. Beteiligungsrechten erfasst. Betriebsvereinbarungen wirken dementsprechend nicht unmittelbar und zwingend auf die entsprechenden Vertragsverhältnisse ein. Ebenso finden diese Personen bei der Berechnung betriebsverfassungsrechtlicher Schwellenwerte, z. B. für die Wahl des Betriebsrats bzw. dessen Größe (§§ 1, 9 BetrVG) oder für eine gesetzlich vorgesehene Mindestanzahl von Arbeitnehmern (z. B. §§ 99, 106, 110, 111, 112a BetrVG), keine Berücksichtigung. Vorliegend hat die Arbeitgeberin „auf einen Schlag“ sämtliche Auszubildenden der Bereiche Medizinisch-technische Laboratoriumsassistenten, Physiotherapie und Medizinisch-technische Radiologieassistenten als Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne hinzubekommen. Zum Zeitpunkt der Einleitung des Beschlussverfahrens waren dies 113. Dies kann die bisherigen betriebsverfassungsrechtlichen Gegebenheiten gehörig durcheinander bringen.



Thorsten Tilch

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig

Telefon +49 341 5299 0

thorsten.tilch@luther-lawfirm.com

Nachrichten in Kürze

Anspruch auf Entgeltumwandlung – Keine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitnehmer kann nach § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 vom 100 der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Für den Arbeitgeber besteht keine Verpflichtung, den Arbeitnehmer von sich aus auf diesen Anspruch hinzuweisen.

Der Arbeitnehmer war bis zum 30. Juni 2010 beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Der Arbeitnehmer verlangte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber Schadensersatz, da der Arbeitgeber es pflichtwidrig unterlassen habe, ihn auf seinen Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hinzuweisen. Bei entsprechender Kenntnis seines Anspruchs hätte er EUR 215,00 seiner monatlichen Arbeitsvergütung in eine Anwartschaft auf Leistung der betrieblichen Altersversorgung, in Form der Direktversicherung umgewandelt.

Die Vorinstanzen haben die auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von EUR 14.380,38 gerichtete Klage abgewiesen. Die Revision des Arbeitnehmers blieb ohne Erfolg. Zur Begründung führt das BAG aus, dass der Arbeitgeber nach § 1a BetrAVG nicht dazu verpflichtet sei, den Kläger von sich aus auf seinen Anspruch auf Entgeltumwandlung hinzuweisen. Eine solche Aufklärungspflicht ergebe sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Es fehle daher bereits an der für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Pflichtverletzung des Arbeitgebers.

Tariflicher Mehrurlaub teilt das Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs

Der Anspruch eines durchgehend arbeitsunfähigen Arbeitnehmers auf tariflichen Mehrurlaub nach § 15 Nr. 1 und Nr. 2 MTV für die Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie die genossenschaftlichen Zentralbanken verfällt nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG am 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres. Eine von der gesetzlichen Übertragungs- und Verfallsregelung abweichende, eigenständige Tarifregelung enthält § 15 MTV nicht.

Der Arbeitnehmer war in den Jahren 2005 bis 2011 durchgehend arbeitsunfähig krank, weshalb die Parteien das Arbeitsverhältnis zum 31. März 2011 einvernehmlich beendeten. Hierbei galt der Arbeitgeber für die Jahre 2010 und 2011 54 Arbeitstage Urlaub ab. Der Arbeitnehmer war der Auffassung, er habe einen Anspruch auf Abgeltung weiterer 135 Arbeitstage Urlaub, da der MTV nicht zwischen dem gesetzlichen Mindest- und dem tariflichen Mehrurlaub differenziere. Die in § 15 Nr. 8 MTV getroffene Regelung, nach welcher das Fernbleiben in Folge Krankheit nicht auf den Erholungsurlaub angerechnet werden darf, enthalte eine für den Arbeitnehmer günstige Regelung im Vergleich zur gesetzlichen Bestimmung des § 7 Abs. 3 BUrlG.

Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Die Revision des Arbeitgebers hatte Erfolg. Das BAG entschied, dass die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers aus den Jahren 2006 bis 2009 jeweils am 31. März des zweiten auf das jeweilige Urlaubsjahr folgenden Jahres verfielen. Zur Begründung führt das BAG aus, dass der gesetzliche Zusatzurlaub, der tarifliche Mehrurlaub und der tarifliche Zusatzurlaub das Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs teilen. Auch sieht der Manteltarifvertrag vorliegend keine vom Bundesurlaubsgesetz abweichende für den Arbeitnehmer günstigere Frist oder Verfallsbestimmung vor. Dies gilt auch für § 15 Nr. 8 MTV, da diese Tarifnorm § 9 BUrlG entspricht. Nach dieser Vorschrift werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet, wenn ein Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass keine der beiden Bestimmungen Regelungen zur unbefristeten Ansammlung von Urlaubsansprüchen trifft.

Diskriminierung wegen Schwangerschaft – Entschädigung nach dem AGG

Ein Entschädigungsanspruch nach dem AGG kann dadurch ausgelöst werden, dass einer schwangeren Arbeitnehmerin unter Verstoß gegen das MuSchG eine Kündigung erklärt wird, was eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt.

Die Arbeitnehmerin war in einem Kleinbetrieb beschäftigt, für den die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht galten. Aus medizinischen Gründen wurde Anfang Juli 2011 für die Arbeitnehmerin ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG ausgesprochen. Dem Ansinnen der Arbeitgeberin, dieses Verbot nicht zu beachten, widersetzte sich die Arbeitnehmerin. Am 14. Juli 2011 wurde festgestellt, dass die Leibesfrucht der Arbeitnehmerin abgestorben war. Der hierfür notwendig gewordene Eingriff wurde auf den 15. Juli 2011 datiert. Von diesem Geschehen unterrichtete die Arbeitnehmerin die Arbeitgeberin noch am 14. Juli 2011 und teilte zugleich mit, dass sie nach der Genesung keinem Beschäftigungsverbot mehr unterliegen werde. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin umgehend am 14. Juli 2011 fristgemäß, zum 15. August 2011, indem sie das Schreiben noch am 14. Juli in den Briefkasten der Arbeitnehmerin warf. Diese entnahm das Kündigungsschreiben nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus am 16. Juli 2011.

Das LAG verurteilte die Arbeitgeberin zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von EUR 3.000,00 an die Arbeitnehmerin. Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Zur Begründung führt das BAG aus, dass die Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft von der Arbeitgeberin ungünstiger behandelt und daher wegen ihres Geschlechts im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG i.V.m. § 1 AGG benachteiligt worden sei. Dies ergebe sich schon aus dem Verstoß der Arbeitgeberin gegen das MuSchG. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung habe die Schwangerschaft noch bestanden, da Mutter und das tote Kind noch nicht voneinander getrennt waren. Auch indiziere der Versuch die Arbeitnehmerin zum Ignorieren des Beschäftigungsverbots zu bewegen und der Ausspruch der Kündigung noch vor der künstlich einzuleitenden Fehlgeburt die ungünstigere Behandlung der Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft. Im vorliegenden Fall bestehe ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, da § 3 Abs. 1 AGG besonders den Schutz der schwangeren Frau vor Benachteiligungen betone. Dieser Entschädigungsanspruch entstehe unabhängig davon, ob und inwieweit Kündigungen nach den Bestimmungen des AGG zu beurteilen sind.

Anpassung der Betriebsrente – Berechnungsdurchgriff im Konzern

Der Versorgungsschuldner ist zur Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach § 16 Abs. 1 u Abs. 2 BetrAVG nicht verpflichtet, wenn seine wirtschaftliche Lage der Anpassung entgegensteht. Die Einbindung des Versorgungsschuldners in einen Konzern kann unter Umständen dazu führen, dass sich der Versorgungsschuldner die günstige wirtschaftliche Lage eines anderen konzernabhängigen Unternehmens zurechnen lassen muss, sog. Berechnungsdurchgriff. Dazu genügt es nicht, dass eine andere Konzerngesellschaft die Geschäfte des Versorgungsschuldners tatsächlich dauernd und umfassend geführt hat und sich dabei konzerntypische Gefahren verwirklicht haben.

Der Arbeitnehmer war bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt, die zum L-Konzern gehört. Der Arbeitnehmer erhält seit seiner Berentung eine arbeitsvertraglich zugesagte Betriebsrente. Er verlangte die Anpassung der Betriebsrente an den Kaufkraftverlust zum Stichtag 1. Januar 2005. Die Beklagte lehnte dies wegen eigener Leistungsunfähigkeit ab. Der ursprüngliche Arbeitgeber des Arbeitnehmers war nach Integration in den L-Konzern durch den Verkauf wesentlicher Betriebsmittel, die Einstellung der Produktion und Entlassung sämtlicher Arbeitnehmer in eine Rentner-Gesellschaft umgewandelt und später auf die Beklagte verschmolzen worden. Die Beklagte schloss im Jahr 2005 mit ihrer alleinigen Gesellschafterin einen Gewinnabführungsvertrag. Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, die Beklagte müsse sich im Wege des Berechnungsdurchgriffs die wirtschaftliche Lage ihrer Gesellschafterin bzw. deren Muttergesellschaft zurechnen lassen. Durch die Übernahme der gewinnbringenden und werthaltigen Teile der Beklagten durch ihre Gesellschafterin sei diese ausgezehrt worden.

Das LAG hat das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts aufgehoben. Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Vorliegend bestehe keine Pflicht des Arbeitgebers zur Rentenanpassung. Eine solche Anpassung könne der Arbeitgeber ablehnen, wenn er durch diese übermäßig belastet und seine Wettbewerbsfähigkeit gefährdet würde. Dies sei dann der Fall, wenn das Unternehmen keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erwirtschaftet oder nicht mehr über genügend Eigenkapital verfügt. Diese Grundsätze gelten auch für sog. Rentner- und Abwicklungsgesellschaften. Die Ermittlung, wann eine übermäßige Belastung des Unternehmens besteht, wird durch eine Prognose der zukünftigen Belastbarkeit zum Stichtag ermittelt. Hier war der Prüfungsstichtag der 1. Januar 2005. Zu diesem Zeitpunkt war weder bekannt, dass der ursprüngliche Arbeitgeber auf die Beklagte verschmolzen noch

dass im Laufe des Jahres 2005 ein Gewinnabführungsvertrag geschlossen worden ist. Diese Faktoren können daher nicht zu Lasten der Beklagten berücksichtigt werden. Ein Berechnungsdurchgriff im Konzern komme dann in Betracht, wenn ein Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung im Sinne einer Einstandspflicht/Haftung des anderen Konzernunternehmens gegenüber dem Versorgungsschuldner besteht. Hierbei ist nicht mehr auf die Grundsätze zur Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten des beherrschten Unternehmens abzustellen, da der BGH seine Rechtsprechung zur Haftung im qualifizierten faktischen Konzern nach den §§ 302, 303 AktG aufgegeben hat. Deshalb kommt ein Durchgriff innerhalb des Konzerns nur noch bei einer Verhaltenshaftung der Gesellschafter in Betracht. Eine solche setzt eine sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB voraus, welche im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen worden ist.

Wartezeitkündigung wegen Behinderung – Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligungen

Kündigt ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers in der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG wegen einer symptomlosen HIV-Infektion, so ist die Kündigung im Regelfall diskriminierend und damit unwirksam, wenn der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung ermöglichen kann.

Die Arbeitgeberin, ein Pharma-Unternehmen, das intravenös zu verabreichende Arzneimittel herstellt, stellte den Arbeitnehmer als chemisch technischen Assistenten für den Einsatz im Reinraumbereich ein. Hierbei sollte der Arbeitnehmer unter anderem mit Hohlkanülen und Glasfläschchen in Kontakt kommen. Wenige Tage nach Beginn des Arbeitsverhältnisses wies der Arbeitnehmer den Betriebsarzt bei seiner Einstellungsuntersuchung auf seine HIV-Infektion hin. Der Arzt erhob Bedenken gegen den Einsatz des Arbeitnehmers im Reinraumbereich und teilte der Arbeitgeberin nach Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht den Befund der Untersuchung mit. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aufgrund befürchteter Infektionsgefahren. Zur Begründung berief sich die Arbeitgeberin auf ihr internes Regelwerk, welches einen Einsatz von Mitarbeitern mit jedweder ansteckenden Krankheit verbiete. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage und machte eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG von 3 Monatsgehältern wegen seines immateriellen Schadens geltend, da ihm die Kündigung wegen seiner Behinderung diskriminiere.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Revision des Arbeitnehmers hatte insoweit Erfolg, als dass das Berufungsurteil durch das BAG aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen worden ist. Das BAG stellte fest, dass die Kündigung den Arbeitnehmer unmittelbar im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG benachteilige, da diese in untrennbarem Zusammenhang mit seiner Behinderung steht. Eine Behinderung liegt dann vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren – seine Teilhabe an der Gesellschaft beeinträchtigt sein kann. Auch chronische Erkrankungen können zu einer Behinderung führen, wozu die HIV-Infektion zählt. Unerheblich ist, dass der Arbeitnehmer keinerlei Einschränkungen in seiner Leistungsfähigkeit aufweist. Das LAG muss nun aufklären, ob die Kündigung gleichwohl gerechtfertigt ist. Dafür ist entscheidend, ob die Beklagte durch angemessene Vorkehrun-

gen den Einsatz des Arbeitnehmers im Reinraum hätte ermöglichen können. Ist das nicht der Fall, so ist die Kündigung wirksam. Der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers richtet sich danach, ob die Kündigung wirksam ist.

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
03.04.2014	„Arbeitskampf - Mehr zu Tarifpluralität und Spartengewerkschaften!“ (Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück)	BeckAkademie Seminare, Stuttgart
15.05.2014 - 16.05.2014	„Arbeitsrechtsforum 2014“ (Axel Braun, Dr. Volker Schneider, Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück)	Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Tierpark Hagenbeck, Hamburg
24.06.2014	„Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht“ (Dr. Volker Schneider)	DGFP, Hamburg

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Veranstaltungen“.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0

Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Sandra Sfinis, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg, Telefon +49 40 18067 0

Telefax +49 40 18067 110, sandra.sfinis@luther-lawfirm.com

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist nach dem Qualitätsstandard ISO 9001 zertifiziert.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart
Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf www.luther-lawfirm.com

Auf den Punkt. Luther.

