
Newsletter, 1. Ausgabe 2012

Arbeitsrecht

2011 – Das Jahr des Urlaubsrechts	Seite 2
Das Familienpflegezeitgesetz	Seite 4
Aktuelles zum Beschäftigtendatenschutz: Entwurf einer EU-Datenschutzverordnung	Seite 5
Gleichstellungsabrede: Unbegrenzter Vertrauensschutz für Altverträge (BAG vom 14. Dezember 2011 – 4 AZR 79/10)	Seite 6
Auslegung einer Bezugnahmeklausel nach Vertragsänderung (BAG vom 19. Oktober 2011 – 4 AZR 811/09)	Seite 7
Vermittlungshonorar bei Arbeitnehmerüberlassung (BGH vom 10. November 2011 – III ZR 77/11)	Seite 9
Verlagerung eines Betriebsteils in die Schweiz (BAG vom 26. Mai 2011 – 8 AZR 37/10)	Seite 10
Betriebs(teil)übergang setzt Betriebsteil beim Veräußerer voraus („Klarenberg“) (BAG vom 13. Oktober 2011 – 8 AZR 455/10)	Seite 11
Leiharbeitnehmer zählen doch! (BAG vom 18. Oktober 2011 – 1 AZR 335/10)	Seite 13
Aktuelle Veranstaltungen	Seite 14

2011 – Das Jahr des Urlaubsrechts

Einleitung

Im Jahr 2009 sorgte der Europäische Gerichtshof (EuGH) für große Aufregung im Bereich des Urlaubsrechts. Im Rahmen der sog. „Schultz-Hoff“-Entscheidung (20. Januar 2009 – C-350/06) gab er vor, dass § 7 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) richtlinienkonform dahingehend auszulegen sei, dass gesetzliche Urlaubsansprüche nicht erlöschen, wenn Arbeitnehmer aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (AU) gehindert gewesen seien, den Urlaub im Urlaubsjahr und im Übertragungszeitraum bis zum 31. März des Folgejahres zu nehmen. Die Konsequenz war gravierend: Der Urlaub eines Langzeiterkrankten kumulierte sich über die Jahre seiner AU.

Wegweisende Entscheidungen im Jahr 2011

Deutlich relativierte der EuGH selbst mit der „Schulte“-Entscheidung vom 22. November 2011 (C-214/10) die durch „Schultz-Hoff“ getroffenen Aussagen. Er stellte im Rahmen dieser Entscheidung ausdrücklich klar, dass es „kein Recht auf Ansammeln von Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub gebe, die während der AU erworben würden“.

Begrenzung des Übertragungszeitraums

Mit dem Unionsrecht (Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG) vereinbar seien einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten – wie etwa Tarifverträge –, die die Möglichkeit der Geltendmachung von Urlaubsansprüchen durch den (langzeiterkrankten) Arbeitnehmer dadurch einschränken, indem sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsähen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlösche.

Der EuGH betonte, dass der Urlaubsanspruch zwei Zwecken diene: erstens der Erholung und zweitens des Verfügungens über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit. Ersterer Zweck – die Erholung – könne nur dann erreicht werden, wenn die Übertragung einen gewissen Zeitraum nicht überschreite. Dabei sah er einen 15-monatigen Zeitraum als eine Zeitspanne an, bei deren Überschreitung der bezahlte Jahresurlaub für den Arbeitnehmer keine positive Wirkung als Erholungszeit mehr habe.

Es mag derzeit – wie z.B. § 11 des MTV für die Metall- und Elektroindustrie NRW, der der Entscheidung des EuGH zugrunde lag – tarifvertragliche Vorschriften geben, die im Anschluss an den Gewährungszeitraum eine Zeitspanne vorgeben, nach deren Ablauf der Urlaubsanspruch erlischt.

Jedoch existiert eine solche Regelung nicht für alle Branchen; an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für nicht tarifgebundene Arbeitgeber fehlt es gänzlich.

Der Entscheidung des EuGH folgend urteilte das Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg am 21. Dezember 2011 (10 Sa 19/11), dass Urlaubsansprüche bei durchgehender AU spätestens 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres untergingen und bei einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abzugelten seien. Dies folge bereits aus einer unionsrechtlichen Rechtsfortbildung von § 7 Abs. 3 BUrlG. Das LAG verzichtet hier auf eine entsprechende gesetzliche Regelung und legte § 7 Abs. 3 BUrlG entsprechend der Vorgaben der „Schulte“-Entscheidung des EuGH aus.

Verfall von Urlaubsansprüchen durch Ausschlussfristen

Für ein weiteres „Aufatmen“ sorgten zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 9. August 2011.

Die erste Entscheidung (9 AZR 352/10) befasste sich mit der Frage der zulässigen Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen auf den Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG. Das BAG urteilte, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch auch im Falle einer (langandauernden) AU mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses fällig würde. Insbesondere würde der Fälligkeitszeitpunkt nicht bis zur (u.U. niemals eintretenden) Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit hinausgeschoben. Dieser – rein monetäre – Abgeltungsanspruch unterliege sodann den tarifvertraglichen Ausschlussfristen.

Dies bedeutet, dass sich der vormalige Urlaubsanspruch bei Ende des Arbeitsverhältnisses in einen Urlaubsabgeltungsanspruch umwandelt, der dann zeitgleich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch fällig wird. In diesem Moment beginnt die jeweilige (tarifvertragliche) Ausschlussfrist zu laufen. Besteht eine beispielsweise sechsmonatige tarifvertragliche Ausschlussfrist, so muss der Arbeitnehmer den Urlaubsabgeltungsanspruch spätestens sechs Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen; anderenfalls verfällt der Urlaubsabgeltungsanspruch.

Unseres Erachtens ist die Wertung der Entscheidung auch auf individualvertragliche Ausschlussfristen übertragbar. Der Vereinbarung von Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag

kommt damit besondere Relevanz zu. Ob jedoch auch hier eine kürzere – ansonsten zulässige – dreimonatige individualvertragliche Ausschlussfrist von den Gerichten als noch zulässig angesehen werden wird, ist offen. Bei Fehlen einer einzel-/tarifvertraglichen Ausschlussfrist bleibt es bei der gesetzlichen Verjährung von drei Jahren.

Verfall bei Wiedergenesung

Im Rahmen der zweiten am 9. August 2011 getroffenen Entscheidung (9 AZR 425/10) verwies das BAG auf die gesetzliche Regelung, dass nicht genommener Urlaub grundsätzlich am Ende des Urlaubsjahres verfalle, wenn kein Übertragungsgrund nach § 7 Abs. 3 BUrlG vorliege. Gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG sind als gesetzliche Übertragungsgründe dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe definiert.

War ein Arbeitnehmer langzeiterkrankt und nimmt seine Arbeit wieder auf, so tritt der Urlaubsanspruch, der aus einem früheren Urlaubsjahr übertragen wird, zu dem Urlaubsanspruch hinzu, der zu Beginn des Jahres entsteht. Diese beiden Komponenten bilden nach Auffassung des BAG einen einheitlichen Urlaubsanspruch, auf den sodann insgesamt die Regel des § 7 Abs. 3 BUrlG anzuwenden sei. Also erlischt der Urlaubsanspruch auch bei einer langwierigen krankheitsbedingten AU bei fehlendem Übertragungsgrund, wenn der Arbeitnehmer so rechtzeitig gesund und arbeitsfähig wird, dass er in der verbleibenden Zeit, also bis zum Jahresende bzw. Ende des Übertragungszeitraums am 31. März des Folgejahres, seinen Urlaub nehmen kann. Anderenfalls käme es zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des ehemals erkrankten, nun aber genesenen Arbeitnehmers gegenüber den übrigen Arbeitnehmern. Das Unionsrecht stünde dieser zeitlichen Befristung nicht entgegen, sofern der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den Urlaubsanspruch vor dem Ende des Übertragungszeitraums (also dem 31. März des Folgejahres) zu realisieren.

Festzuhalten bleibt, dass in dem Fall, dass der Arbeitnehmer ins Unternehmen zurückkehrt, der während seiner AU aufgelaufene Urlaubsanspruch auch in diesem Jahr – sofern dies aufgrund der Anzahl der noch übrigen Arbeitstage tatsächlich möglich ist – genommen werden muss, weil er anderenfalls spätestens mit Ablauf des 31. März des Folgejahres verfällt.

Keine Abgeltung bei Tod des Arbeitnehmers

In der Entscheidung des BAG vom 20. September 2011 (9 AZR 416/10) hatte sich das Gericht zuletzt mit der Frage zu beschäftigen, ob der Tod des Arbeitnehmers einen Fall der Beendigung und damit zugleich der Umwandlung des Urlaubsanspruches in einen (monetären) Urlaubsabgeltungs-

anspruch darstellt. Relevanz hat diese Frage für eine mögliche Vererblichkeit des – doch ggf. „teuren“ – Urlaubsabgeltungsanspruches.

Das BAG hat hier geurteilt, dass eine Umwandlung in einen Urlaubsabgeltungsanspruch stets voraussetze, dass der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch lebe. Nur dann bestünde bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein noch offener Urlaubsanspruch, der denklogisch überhaupt umgewandelt werden könne.

War ein Arbeitnehmer langzeiterkrankt und stirbt, bevor das Arbeitsverhältnis beendet worden war, so wandelt sich der aufgelaufene Urlaubsanspruch nicht in einen Urlaubsabgeltungsanspruch um; es entsteht also auch kein Urlaubsabgeltungsanspruch, der in die Erbmasse fallen könnte. Ausreichend ist umgekehrt aber, dass der Arbeitnehmer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses um einen Tag „überlebt“.

Fazit

Es gibt derzeit kaum einen Bereich des Arbeitsrechts, der sich derart in Bewegung befindet, wie das Urlaubsrecht. Eine „Ewigkeitsgarantie“ für während einer langwierigen AU aufgelaufenen Urlaubsanspruch gibt es nach entsprechender klarstellender Entscheidung des EuGH nicht. Relativiert wird das Problem der Kumulation zudem durch die Anwendbarkeit tarifvertraglicher Ausschlussfristen auf den Urlaubsabgeltungsanspruch; systemkonform muss der Urlaubsabgeltungsanspruch unseres Erachtens auch individualvertraglichen Ausschlussfristen unterliegen. Diesen kommt im Rahmen des Urlaubsrechts also besondere Bedeutung zu.

Gestaltungsspielraum besteht für den Arbeitgeber im Hinblick auf den „vertraglichen“ Urlaub, der über die gesetzlichen Urlaubsansprüche hinausgeht. Hierfür kann – und sollte – er eigene Verfall- und Anrechnungsregelungen im Arbeitsvertrag vorsehen. Wegen der Anwendbarkeit von Ausschlussfristenregelungen auf den Urlaubsabgeltungsanspruch sollte überdies auf die Vereinbarung solcher Klauseln in den Arbeitsvertrag geachtet werden.



Dr. Eva Rütz, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Köln
Telefon +49 221 9937 27048
eva.ruetz@luther-lawfirm.com

Das Familienpflegezeitgesetz

Zum 1. Januar 2012 ist das Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) in Kraft getreten. Eine Familienpflegezeit ist eine Teilzeittätigkeit für bis zu 24 Monate, während der ein pflegebedürftiger naher Angehöriger des Arbeitnehmers gepflegt wird. Finanziert wird die Familienpflegezeit durch ein langfristiges Arbeitszeit- oder Wertguthabenkonto, das ein vorheriges Ansparen oder ein Nacharbeiten von Arbeitszeit umfasst. Einen Anspruch auf Durchführung einer Familienpflegezeit hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber allerdings nicht.

Teilzeit mit Aufstockungsleistungen

Nach § 2 Abs. 1 FPfZG wird die Familienpflegezeit in Form einer Teilzeittätigkeit mit einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 15 Stunden zur Pflege eines pflegebedürftigen nahen Angehörigen durchgeführt. Die maximale Dauer der Familienpflegezeit beträgt 2 Jahre. Vergleichbar mit einer Altersteilzeit wird die Vergütung des Arbeitnehmers während der Teilzeittätigkeit entsprechend reduziert. Hinzu kommt allerdings ein Aufstockungsbetrag. Die Aufstockung wird durch den Arbeitnehmer – anders als bei der Altersteilzeit – selbst finanziert. Entweder spart er vorab Arbeitszeit auf einem Arbeitszeit- oder Wertguthabenkonto an. Oder er arbeitet die Aufstockungsleistungen in der Nachpflegephase ab. Letzteres ist insbesondere die Vorstellung des Familienpflegezeitgesetzes. Durch die fortdauernde Reduzierung der Vergütung in der Nachpflegephase wird das Arbeitszeit- oder Wertguthabenkonto allmählich ausgeglichen. Die Nachpflegephase endet, wenn ein vollständiger Ausgleich erreicht ist.

Staatliche Förderung

Das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben gewährt dem Arbeitgeber ein zinsloses Darlehen in Höhe der Aufstockungsbeträge zur Finanzierung der vorzuschießenden Aufstockungsbeträge (§ 3 Abs. 1 FPfZG). Die Prämienzahlungen für die Familienpflegezeitversicherung gehen allerdings zu Lasten des Arbeitgebers und werden nicht vom Darlehen umfasst. In der Nachpflegephase ist das Darlehen zurückzuzahlen.

Familienpflegezeitversicherung

Zur Absicherung des Arbeitsgebers für den Fall, dass der Arbeitnehmer durch Tod oder Berufsunfähigkeit das Arbeitszeit- bzw. Wertguthabenkonto nicht ausgleichen kann, wird eine Familienpflegezeitversicherung abgeschlossen. Die Versicherung wird vom Arbeitnehmer, vom Arbeitgeber oder vom Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben abgeschlossen (§ 4 Abs.1 FPfZG). Wird die Versicherung vom Arbeitnehmer geschlossen, ist dem Arbeitgeber ein unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen. Ein Anspruch auf Abschluss einer Familienpflegezeitversicherung gegen den Arbeitgeber oder das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben besteht allerdings nicht.

Vorzeitige Beendigung der Familienpflegezeit

Wird das Arbeitsverhältnis vor Beendigung der Nacharbeitsphase beendet, besteht zunächst die Möglichkeit, dass das Wertguthaben auf einen anderen Arbeitgeber übertragen wird (§ 7f SGB IV FPfZG). Der bisherige Arbeitgeber kann vom neuen Arbeitgeber einen entsprechenden finanziellen Ausgleich verlangen. Kommt es zu keiner solchen Übertragung, kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer einen Ausgleich in Geld verlangen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 FPfZG).

Vereinbarung mit dem Arbeitgeber

Die Familienpflegezeit ist kein Anspruch des Arbeitnehmers, sondern erfordert eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Vereinbarung muss bestimmte Mindestangaben enthalten (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 FPfZG). Zu der Vereinbarung kann der Arbeitgeber nicht gezwungen werden. Der Arbeitgeber kann eine Familienpflegezeit verweigern, ohne dies besonders begründen zu müssen.

Kündigungsschutz

Sowohl während der Pflegephase als auch während der Nachpflegephase genießt der Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz (§ 9 Abs. 3 FPfZG). Eine Kündigung

durch den Arbeitgeber ist nur wirksam, wenn die für Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde der Kündigung zustimmt. Da die Gewährung einer Familienpflegezeit neben dem Vorhandensein eines pflegebedürftigen Angehörigen aber das Einverständnis des Arbeitgebers voraussetzt, hat der Arbeitgeber Einfluss auf das Entstehen des besonderen Kündigungsschutzes.

Fazit

Abgesehen von den Prämienzahlungen für die Familienpflegezeitversicherung und den mit der Administration verbundenen Kosten ist die Familienpflegezeit für den Arbeitgeber kostenneutral. Kommt er dem entsprechenden Antrag eines Arbeitnehmers entgegen, muss er die Fami-

lienpflegezeit durchführen und durch die Personalabteilung begleiten lassen. Für den Fall, dass die Familienpflegezeit tatsächlich regen Anklang findet, bietet sich an, eine Mustervereinbarung zu entwerfen.



Dr. Roman Frik, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Stuttgart

Telefon +49 711 9338 12894

roman.frik@luther-lawfirm.com

Aktuelles zum Beschäftigtendatenschutz: Entwurf einer EU-Datenschutzverordnung

Ende Januar 2012 hat die EU-Kommission den Entwurf einer neuen Verordnung zum Datenschutz veröffentlicht. Diese EU-Datenschutzverordnung soll als unmittelbar geltendes Recht der Mitgliedstaaten neben der inhaltlichen Fortschreibung des europäischen Datenschutzrechts dieses vor allem innerhalb der Union vereinheitlichen. Angesichts der fortschreitenden globalen technischen und wirtschaftlichen Vernetzung ist dabei auch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der europäischen Regeln und Standards zum Datenschutz über das Gebiet von EU und EWR hinaus beabsichtigt.

Von einer Neuregelung des europäischen Datenschutzrechts, wie sie der Verordnungsentwurf vorsieht, wäre nicht zuletzt auch der Beschäftigtendatenschutz betroffen. Spielraum für Sonderregelungen der einzelnen Mitgliedstaaten wird es insofern künftig kaum mehr geben; die EU-Datenschutzverordnung gibt insoweit den festen Rahmen vor. Die für Arbeitgeber wichtigsten der mit der EU-Datenschutzverordnung geplanten Änderungen sind:

Eine **Einwilligung** in die Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten soll im Arbeitsverhältnis wegen des grundsätzlichen Ungleichgewichts der Kräfte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gänzlich ausgeschlossen werden. Die **Anforderungen an Transparenz** hinsichtlich

der Datenverarbeitung sowie an die Einrichtung bestimmter Verfahren zur Ausübung der **Informationsrechte** der betroffenen Arbeitnehmer sollen deutlich erhöht werden. Beim (grenzüberschreitenden) Betrieb von **Personaldatenbanken** außerhalb der EU unterliegen diese der EU-Datenschutzverordnung, wenn sie auch Informationen über Arbeitnehmer aus EU-Ländern enthalten. Die Bestellung betrieblicher **Datenschutzbeauftragter** wird künftig grundsätzlich erst ab einer Betriebsgröße von 250 Mitarbeitern vorgeschrieben sein. Datenschutzbeauftragte sollen für zwei Jahre ernannt werden und besonderen Kündigungsschutz genießen. Ein neues **Recht auf Datenübertragbarkeit** könnte künftig zur Praxis einer „Mitnahme“ von Personaldaten bei einem Arbeitgeberwechsel führen. Von besonderer Bedeutung ist auch die geplante **Verbandsklagemöglichkeit**, die es Datenschutzorganisationen (sowie neben Betriebsräten evtl. auch Gewerkschaften) ermöglichen soll, künftig bei den Aufsichtsbehörden und vor Gericht in Vertretung einzelner Arbeitnehmer Verfahren wegen der Verletzung von Datenschutzvorschriften anzustrengen. Schließlich ist geplant, die **Sanktionen** für Verstöße gegen die EU-Datenschutzverordnung im Vergleich zur Rechtslage nach dem BDSG massiv zu verschärfen. Diese sollen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Die Bußgeldbeträge richten sich nach der Schwere des Verstoßes

und können bis zu 1 Mio. EUR für Einzelpersonen oder 2 % des weltweiten Jahresumsatzes des betreffenden Unternehmens betragen.

Die EU-Datenschutzverordnung soll zwei Jahre nach ihrer Verabschiedung zur Anwendung gelangen, so dass mit den kommenden Neuerungen frühestens im Laufe des Jahres 2014 gerechnet werden muss. Mit weiteren Anpassungen des Entwurfs ist zu rechnen. Aus Unternehmenssicht sollten die Entwicklungen verfolgt werden, um rechtzeitig auf die Veränderung vorbereitet zu sein.

Derzeit ist der Beschäftigtendatenschutz in Deutschland im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nur unzureichend geregelt. Ein vieldiskutierter Gesetzentwurf der Bundesregierung vom August 2010 sieht eine umfangreiche Neuregelung in einem eigenen Abschnitt des BDSG vor (vgl. dazu Newsletter Arbeitsrecht 4. Quartal 2010). Nach intensiver politischer Diskussion soll nun die Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes im BDSG in den kommenden Monaten verabschiedet werden. Insbesondere die umstrittenen Themen der Datenerhebung, -verarbeitung und -weitergabe aufgrund von Betriebsvereinbarungen oder persönlicher Ein-

willigung werden – so die Ankündigung – weniger streng zu Lasten der Arbeitgeberseite geregelt werden, als dies der ursprüngliche Entwurf vorsah. Auch das von Arbeitgeberseite geforderte sog. „Konzernprivileg“ soll geschaffen werden, welches konzernangehörigen Unternehmen den Datenaustausch untereinander erleichtert.

Arbeitgeber sollten sich also zunächst auf die Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes im BDSG einstellen, welche erheblichen betrieblichen Anpassungsbedarf mit sich bringen wird. Bei dessen Umsetzung sollten Unternehmen jedoch nach Möglichkeit bereits die kommenden (weitergehenden) europäischen Vorgaben im Blick haben.



Dr. Cristina Baier

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Stuttgart

Telefon +49 711 9338 14335

cristina.baier@luther-lawfirm.com

Gleichstellungsabrede: Unbegrenzter Vertrauensschutz für Altverträge

(BAG vom 14. Dezember 2011 – 4 AZR 79/10)

Der Fall

Im Jahr 1992 hatten die Parteien einen Arbeitsvertrag geschlossen, in dem die Vergütung der Arbeitnehmerin nach einer Tarifgruppe eines damals geltenden Tarifvertrags vereinbart worden war. Im Übrigen sollte sich das Arbeitsverhältnis „nach den jeweils geltenden Tarifverträgen der infrage kommenden Sparte“ richten. Der Arbeitgeber, der zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses Mitglied des Arbeitgeberverbands und deshalb an den arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrag gebunden war, trat 1997 aus der Arbeitgebervereinigung aus. Tarifloohnerhöhungen gab er nicht mehr an die Arbeitnehmerin weiter. Mit ihrer Klage machte die Arbeitnehmerin im Jahr 2008 die Vergütungs-differenz zwischen dem aktuellen Tarifentgelt und der tat-

sächlich an sie gezahlten Vergütung geltend. Zur Begründung führte die gewerkschaftlich nicht organisierte Klägerin u. a. aus, dass auch bei einem Altvertrag eine AGB-Kontrolle durchzuführen sei und die arbeitsvertragliche Bezugnahme-klausel daher nicht als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden dürfe.

Die Entscheidung

Vor dem BAG hatte die Arbeitnehmerin keinen Erfolg. Nach Ansicht der Richter sei die Verweisungsklausel im Arbeitsvertrag der Arbeitnehmerin nach wie vor als sogenannte Gleichstellungsabrede auszulegen. Zwar habe das BAG seine Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede mit Urteil vom 18. April 2007 (4 AZR 652/05) geändert. Für

Verweisklauseln, die vor dem 1. Januar 2002 vereinbart worden sind (sog. Altverträge), sei jedoch Vertrauensschutz zu gewähren, für dessen zeitliche Begrenzung kein Anlass bestehe. Es verbleibe mithin auch im vorliegenden Fall bei der früheren Auslegungsregel, so dass die Klägerin keine Vergütung nach dem aktuellen Tarifstand verlangen könne.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG, die derzeit nur als Pressemitteilung vorliegt, bewahrt Arbeitgeber vor einer überraschenden Kostenexplosion.

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2002 wurde die AGB-Kontrolle auch für Arbeitsverträge eingeführt. Vor diesem Hintergrund hat das BAG mit o. g. Urteil vom 18. April 2007 (vgl. hierzu Luther Newsletter Arbeitsrecht 4. Quartal 2007) entschieden, dass eine einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag grundsätzlich eine konstitutive dynamische Verweisklausel darstelle. Diese dynamische Verweisung könne, so das BAG weiter, auch durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt werden.

Die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtsprechung, nach der eine entsprechende Bezugnahmeklausel nach Beendigung der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers grundsätzlich als sog. Gleichstellungsabrede auszulegen sei, wurde ausdrücklich aufgegeben. Es wurde jedoch Vertrauensschutz für Verträge gewährt, die vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden sind. Für diese gilt weiterhin: Der arbeitsvertrag-

lich in Bezug genommene Tarifvertrag gilt auch bei fehlender Gewerkschaftszugehörigkeit eines Arbeitnehmers zukünftig nur noch statisch. Künftige Tarifentwicklungen, insbesondere Entgelterhöhungen, finden auf ihn keine Anwendung.

Zwischenzeitlich hatte das LAG Hessen mit Urteil vom 4. Dezember 2008 (20 Sa 638/08) entschieden, dass der Vertrauensschutz für Altverträge zeitlich nicht unbefristet, sondern vielmehr höchstens für ein Jahr nach Ankündigung der Rechtsprechungsänderung durch das BAG, mithin bis zum 14. Dezember 2006, gewährt werden könne. Die Entscheidung des BAG, den Vertrauensschutz für Altverträge – auch entgegen der Auffassung des LAG Hessen – zeitlich nicht zu begrenzen, ist zu begrüßen. Eine zeitliche Begrenzung des Vertrauensschutzes würde aufgrund der Anpassung an die aktuellen Tariflöhne zu einer Explosion der betrieblichen Kosten führen, die nur schwer mit rechtlichen Mitteln hätte begegnet werden können. Um diesen Vertrauensschutz weiter in Anspruch nehmen zu können, ist und bleibt es für Arbeitgeber jedoch eminent wichtig, aus bestehenden Altverträgen nicht unbeabsichtigt Neuverträge zu machen. Siehe dazu den folgenden Beitrag.



Thorsten Tilch

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Leipzig

Telefon +49 341 5299 15608

thorsten.tilch@luther-lawfirm.com

Auslegung einer Bezugnahmeklausel nach Vertragsänderung

(BAG vom 19. Oktober 2011 – 4 AZR 811/09)

Der Fall

Der Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten und ihrer Rechtvorgängerin beschäftigt. Der mit der tarifgebundenen Rechtvorgängerin geschlossene Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1991 enthält eine dynamische Bezugnahme auf den BAT und diesen ersetzende Tarifverträge. Die Beklagte, die nicht tarifgebunden ist, übernahm den Klinikbetrieb

im September 2002 im Wege des Betriebsübergangs. Im Jahr 2007 schlossen die Parteien einen Änderungsvertrag, mit dem der Kläger u. a. zeitlich begrenzt auf Sonderleistungen verzichtete. Ferner hieß es dort: „Des Weiteren bleibt es bei den bisherigen Arbeitsbedingungen.“ Tarifloohnerhöhungen hatte die Beklagte seit dem Betriebsübergang an den Kläger nicht weitergegeben. Der Kläger begehrt die

Feststellung, dass der den BAT seit 1. Oktober 2005 ersetzende TVöD in der jeweils gültigen Fassung aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

Die Entscheidung

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Nach seiner Ansicht handelt es sich bei der Bezugnahmeklausel um eine sog. „Gleichstellungsabrede“ im Sinne seiner früheren Rechtsprechung.

Danach wurde die dynamische Bezugnahme auf die fachlich einschlägigen Tarifverträge bei entsprechender Tarifgebundenheit des Arbeitgebers regelmäßig dahingehend ausgelegt, dass lediglich die Gleichstellung der nichttarifgebundenen Arbeitnehmer mit den Gewerkschaftsmitgliedern beabsichtigt sei, nicht aber die konstitutive Vereinbarung einer dynamischen Geltung der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen. Bei einem Wegfall der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers führte dies dazu, dass die in Bezug genommenen Tarifverträge nur noch statisch anzuwenden waren.

Aus Gründen des Vertrauensschutzes wendet das BAG seine alte Auslegungsregel in ständiger Rechtsprechung weiterhin auf Bezugnahmeklauseln in sog. „Altverträgen“ an, die vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 vereinbart wurden (siehe dazu der vorige Beitrag). Bezugnahmeklauseln in „Neuverträgen“ sind hingegen nach den Grundsätzen der AGB-Kontrolle wörtlich auszulegen.

Bei einer Änderung von „Altverträgen“ nach dem 31. Dezember 2001 kommt es für die Beurteilung, ob die Auslegungsmaßstäbe für „Neuverträge“ oder für „Altverträge“ maßgeblich sind, nach Ansicht des BAG darauf an, ob die Bezugnahmeklausel zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Änderungsvertragsparteien gemacht worden ist. Ist dies der Fall, handelt es sich um einen „Neuvertrag“ mit der Folge, dass die in Bezug genommenen Tarifverträge trotz Wegfalls der Tarifbindung des Arbeitgebers dynamisch fortgelten.

Im vorliegenden Fall kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass die Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag von 1991 („Altvertrag“) auch nach der Vertragsänderung aus dem Jahr 2007 weiterhin als Gleichstellungsabrede im Sinne seiner früheren Rechtsprechung auszulegen sei. Der Änderungsvertrag habe keinerlei Abänderungs- oder Neufassungsgehalt hinsichtlich der bestehenden vertraglichen Bezugnahmeklausel. Änderungsgegenstand sei allein der Verzicht auf Sonderzahlungen. Etwas anderes folge nach Ansicht des BAG auch nicht aus der Formulierung „Des Weiteren bleibt es

bei den bisherigen Arbeitsbedingungen.“ Bezugspunkt seien nicht die vertraglichen Regelungen aus dem Jahr 1991, sondern die „bisherigen Arbeitsbedingungen“. Zu diesen gehöre auch die von den Parteien praktizierte statische Anwendung der in Bezug genommenen Tarifverträge, da es vor Abschluss des Änderungsvertrags und nach dem Wegfall der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht zu einer dynamischen Anwendung der tariflichen Entgeltbestimmungen gekommen sei.

Unser Kommentar

Das Urteil behandelt die praxisrelevante Frage, wann aufgrund einer Vertragsänderung nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform aus einem „Altvertrag“ ein „Neuvertrag“ wird, mit der Folge, dass eine Bezugnahmeklausel nicht mehr als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden kann. Nach Ansicht des BAG kommt es entscheidend darauf an, ob die Bezugnahmeklausel im Änderungsvertrag „zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien“ gemacht wird. In seinem Urteil weist es darauf hin, dass hiervon regelmäßig auszugehen sei, wenn die Parteien ausdrücklich an den zuvor getroffenen Abreden festhalten, indem sie z. B. erklären, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“. Der vorliegende Fall war nach Ansicht des BAG anders zu entscheiden, weil im Änderungsvertrag nicht auf die Fortgeltung von „vertraglichen Regelungen“, sondern von „Arbeitsbedingungen“ verwiesen wurde, zu denen im Zeitpunkt der Vertragsänderung die statische Anwendung der Tarifregelungen gehörte.

Diese Differenzierung des BAG erscheint sehr formal. Für den Vertragsgestalter gilt, dass je nach dem gewünschten Ergebnis klare Formulierungen verwendet werden müssen, die erkennen lassen, ob die Bezugnahmeklausel aus dem alten Arbeitsvertrag Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung geworden ist. Durch die bloße Änderung einer einzelnen Arbeitsbedingung ohne Verweis auf die Weitergeltung des alten Arbeitsvertrages kann die statische Wirkung der Bezugnahmeklausel aufrecht erhalten werden. Alternativ ist die nur statische Fortgeltung ausdrücklich festzuhalten.



Johanna Scheele, M.A.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München
Telefon +49 89 23714 24624
johanna.scheele@luther-lawfirm.com

Vermittlungshonorar bei Arbeitnehmerüberlassung

(BGH vom 10. November 2011 – III ZR 77/11)

Der Fall

Die Klägerin überlässt und vermittelt gewerblich Arbeitnehmer. Mit der Klage macht sie die Zahlung eines Vermittlungshonorars geltend. Aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages überließ die Klägerin der Beklagten vorübergehend für wenige Tage einen Arbeitnehmer als LKW-Fahrer. Die Vergütung für die Überlassung betrug insgesamt 1.108,80 Euro netto für 56 Stunden.

Dem Vertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin zugrunde. Nach diesen steht der Klägerin ein Vermittlungshonorar zu, wenn ein Arbeitnehmer aus der Überlassung in ein Anstellungsverhältnis übernommen wird. Das Vermittlungshonorar ist gestaffelt und beträgt bei Übernahme innerhalb der ersten drei Monate ab Beginn der Überlassung 15 %, nach drei Monaten 12 %, nach sechs Monaten 9 % und nach neun Monaten 5 % des Jahresbruttoeinkommens. Nach zwölf Monaten fällt keine Vermittlungsprovision an. Das Vermittlungshonorar soll auch dann anfallen, wenn es innerhalb von sechs Monaten nach der letzten Überlassung zu einer Einstellung des Arbeitnehmers durch den Entleiher kommt.

Innerhalb der ersten drei Monate nach Überlassung stellte die Beklagte den von der Klägerin überlassenen Arbeitnehmer als LKW-Fahrer zu einem Jahresbruttogehalt von 24.000,00 Euro an. Die Klägerin verlangt von der Beklagten eine Vermittlungsgebühr in Höhe von 4.284,00 Euro brutto.

Die Entscheidung

Der BGH erachtet die Vermittlungshonorarklausel für (noch) wirksam. § 9 Nr. 3 AÜG verbietet Regelungen, die dem Leiharbeiter einen Wechsel zum Entleiher untersagen oder wesentlich erschweren. Darunter kann auch eine Vermittlungsprovision fallen, wenn diese nicht mehr angemessen ist. Die Angemessenheit richtet sich unter anderem nach der Dauer des Verleihs, der Höhe des bereits gezahlten Entgelts und des Aufwands für die Gewinnung

anderer Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Qualifikation des betreffenden Arbeitnehmers. In dem vorliegenden Fall hat der BGH den Höchstsatz der Vermittlungsprovision von 15 % des Bruttojahreseinkommens für noch wirksam erachtet. Dieser Satz halte sich im Rahmen dessen, was in der Literatur diskutiert und in der Praxis üblich sei, überschreite aber jedenfalls nicht zwei Bruttomonatsgehälter.

Hohe Anforderungen stellt der BGH an die degressive Staffelung, die nur dann angemessen sei, wenn sie mindestens quartalsweise eingeteilt ist und die Vermittlungsprovision sich wenigstens proportional zum Zeitablauf reduziert. Die Vermittlungsprovision dürfe im Ergebnis aufgrund der degressiven Staffelung gerade dann relativ hoch ausfallen, wenn die vorangegangene Arbeitnehmerüberlassung nur kurze Zeit gedauert hat und der Verleiher dementsprechend eine nur geringe Leihvergütung erhalten hat. Damit erhalte der Verleiher eine gewisse Kompensation für den frühzeitigen Verlust des Arbeitnehmers. Die Tätigkeit und Qualifikation des Arbeitnehmers und der sich daraus ergebende wirtschaftliche Nachteil für den Verleiher seien durch die Bemessung der Vermittlungsprovision mit einem Prozentsatz des Bruttoeinkommens, das der Arbeitnehmer in dem nachfolgenden Anstellungsverhältnis bei dem Entleiher verdient, angemessen berücksichtigt, da sich hierin der Marktwert des Arbeitnehmers widerspiegele.

Unser Kommentar

Der Verleiher von Arbeitnehmern ist in einer verzwickten Lage. Durch die Vereinbarung von Vermittlungshonoraren will er die Übernahme von ggf. aufwändig rekrutierten Mitarbeitern begrenzen, sich diese jedenfalls gut bezahlen lassen. Überschreitet er die von der Rechtsprechung aufgestellten Grenzen, ist die Klausel vollständig unwirksam und er kann keinerlei Vermittlungsprovision verlangen. Durch die Entscheidung des BGH gibt es ein wenig mehr Klarheit. Unklar ist aber weiterhin, ob z. B. für hochqualifizierte Mitarbeiter Vermittlungshonorare auch

für eine Übernahme nach Ablauf einer Beschäftigungszeit von mehr als 12 Monaten vereinbart werden kann. Weiter ist unentschieden, ob zwei Bruttomonatsgehälter die absolute Obergrenze für eine Vermittlungsprovision sind. Je nach Einzelfall mag hier bei der Vertragsgestaltung mehr oder weniger Risiko eingegangen werden können.



Martina Ziffels

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Hamburg
Telefon +49 40 18067 12195
martina.ziffels@luther-lawfirm.com

Verlagerung eines Betriebsteils in die Schweiz

(BAG vom 26. Mai 2011 – 8 AZR 37/10)

Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten, einem Tochterunternehmen eines internationalen Konzerns, beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wegen Betriebsstilllegung. Anschließend erhielt der Kläger ein Arbeitsvertragsangebot eines weniger als 60 Kilometer entfernten Schweizer Schwesterunternehmens im selben Konzern. Der Kläger lehnte dieses Angebot ab. Danach veräußerte die Beklagte alle wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmittel an das Schweizer Unternehmen. Der Kläger wandte sich gegen die Kündigung. Er bestritt, dass es eine Betriebsstilllegung gegeben habe, vielmehr sei ein Betriebsübergang auf das Schweizer Unternehmen erfolgt. Die Kündigung sei wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen worden und deshalb unwirksam. Die Beklagte verneinte zum einen, dass ein Betriebsübergang vorliege und zum anderen ist sie der Ansicht, dass § 613a BGB auf grenzüberschreitende Sachverhalte nicht anwendbar sei.

Die Entscheidung

Das BAG folgte der Auffassung der Vorinstanzen und hält die Kündigung für unwirksam. Es handele sich nicht um eine Betriebsstilllegung, da zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs eine Veräußerungsabsicht bestand. Der Beschäftigungsbereich des Klägers sei vielmehr im Wege des Betriebsübergangs auf das Schweizer Unternehmen übergegangen. Der Bereich, in dem der Kläger beschäftigt war, stelle eine auf Dauer angelegte, hinreichend strukturierte und selbstständige wirtschaftliche Einheit dar, die nach deutschem Recht identitätswahrend auf das Schwei-

zer Unternehmen übertragen wurde. Dem Betriebsübergang stehe auch nicht entgegen, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt. Die Vorschrift des § 613a BGB sei auch in Fällen des Betriebsübergangs von Deutschland ins Ausland zu beachten. Vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs sei wegen der dauerhaften Erfüllung der Arbeitspflicht des Klägers in Deutschland deutsches Recht anzuwenden und damit auch das Verbot der Kündigung wegen eines Betriebsübergangs. Hiergegen verstieß die Beklagte, als sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger kündigte. Infolge des Betriebsübergangs bestehe jedoch kein Arbeitsverhältnis mehr mit der Beklagten. Ob und gegebenenfalls welche Ansprüche der Kläger gegen das Schweizer Unternehmen habe, hatte das BAG nicht zu entscheiden.

Unser Kommentar

Das BAG setzt seine Rechtsprechungslinie zu Betriebsübergängen fort. Soweit die wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmittel einer betrieblichen Einheit gemeinsam verlagert werden und die Produktion an einem neuen Standort weitergeführt wird, ist darin ein Betriebsübergang und keine Betriebsschließung zu sehen. In diesem Zusammenhang stellt das BAG auch klar, dass eine Grenzüberschreitung einem Betriebsübergang nicht entgegensteht. Eine beträchtliche räumliche Distanz zwischen den Standorten kann – unabhängig von einer Auslandsverlagerung – jedoch dazu führen, dass die Identität der wirtschaftlichen Einheit nicht mehr gewahrt wird. Das BAG lässt allerdings offen, bei welcher Entfernung zum neuen Standort von einer Zerstörung der wirtschaftlichen Identi-

tät auszugehen ist. Eine Entfernung von mehreren hundert Kilometern hielt das BAG in einer älteren Entscheidung für zu groß (BAG v. 25. Mai 2000 – 8 AZR 335/99). Nach der vorliegenden Entscheidung scheint eine Fahrtzeit von unter einer Stunde nicht zur Verneinung eines Betriebsübergangs zu führen, wenn der neue Standort unproblematisch zu erreichen ist.

Zudem kann sich das Arbeitsvertragsstatut eines Arbeitnehmers, in dessen Vertragsverhältnis keine Rechtswahl vereinbart ist, bei einem Wechsel von Deutschland in das Ausland infolge eines Betriebsübergangs ändern. Das BAG spricht sich im Rahmen eines Betriebsübergangs ins Ausland für eine Trennung der rechtlichen Betrachtungsweise vor und nach Änderung des Arbeitsvertragsstatuts aus. Eine solche Änderung tritt aber erst ein, nachdem das Arbeitsverhältnis übergegangen ist und eine Arbeitsortverlagerung stattgefunden hat. Vor der Arbeitsortverlagerung beurteilt sich die Rechtslage aufgrund des Territorialitätsprinzips nach deutschem Recht. Das hatte zur Folge, dass die Kündigung wegen des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam war, da zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs eine Arbeitsortverlagerung noch nicht stattgefunden hatte und somit deutsches Recht zur Anwendung gelangte.

Auch ein grenzüberschreitender Betriebsübergang dürfte allerdings nicht die Folge der automatischen Arbeitsort-

verlagerung zur Folge haben. Der neue Arbeitgeber muss vielmehr durch die ihm zur Verfügung stehenden Mittel (Versetzung im Rahmen des Direktionsrechts oder Änderungskündigung) den Arbeitsort der vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter ändern. Erst nachdem auch eine Arbeitsortverlagerung erfolgt ist, kommt nicht mehr deutsches, sondern das Recht des jeweiligen Staates zur Anwendung.



Paul Schreiner, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Essen

Telefon +49 201 9220 11691

paul.schreiner@luther-lawfirm.com



Dr. Simona Markert

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Essen

Telefon +49 201 9220 24030

simona.markert@luther-lawfirm.com

Betriebs(teil)übergang setzt Betriebsteil beim Veräußerer voraus („Klarenberg“)

(BAG vom 13. Oktober 2011 – 8 AZR 455/10)

Der Fall

Der Kläger Klarenberg leitete eine Abteilung, deren Arbeitsschwerpunkt die Mess- und Regeltechnik von der Forschung bis zur Produktion war. Ebenso führte er eine der drei Gruppen dieser Abteilung. Der Arbeitgeber veräußerte eine Reihe der in dieser Abteilung entwickelten Produktlinien und in diesem Zug auch die Rechte an der Software, den Patenten, den Patentanmeldungen und den die Produkte betreffenden Erfindungen. Außerdem wurden Produktnamen, Know-How, die Entwicklungshardware, die Rechte

an der „Eigenprodukt-Software“ sowie weitere, von den übernommenen Mitarbeitern genutzte Soft- und Hardware, das Produktmaterial-Inventar sowie eine Kunden- und eine Lieferantenliste die veräußerten Produktlinien betreffend übertragen. Von den in der Abteilung beschäftigten 13 Arbeitnehmern wechselten lediglich der stellvertretende Abteilungsleiter und drei Ingenieure zum Erwerber, die restlichen Mitarbeiter einschließlich des Herrn Klarenberg wurden nicht übernommen. Nicht übernommen wurden die Betriebsmittel der nicht übernommenen Mitarbeiter sowie

insbesondere die zur Produktion genutzten Betriebsmittel. Der Erwerber ordnete die vier Mitarbeiter unterschiedlichen Abteilungen zu.

Der Kläger machte einen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber mittels Betriebs(teil)übergangs nach § 613a BGB geltend. In zweiter Instanz legte das LAG Düsseldorf dem EuGH die Frage vor, ob ein Betriebsteilübergang die Fortführung des Betriebsteils bei dem neuen Inhaber als organisatorisch selbstständigen Betriebsteil voraussetzt (LAG Düsseldorf 10. August 2007 – 9 Sa 303/07). Dies verneinte der EuGH (12. Februar 2009 – C-466/07): Es genüge auf Erwerberseite eine funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren, soweit der Erwerber damit derselben oder einer gleichartigen Tätigkeit wie der Veräußerer nachgehen kann; der Betriebsteil müsse nicht in eine abtrennbare organisatorische Einheit des Erwerbers münden. Das LAG Düsseldorf nahm daraufhin einen Betriebsteilübergang an und gab der Klage statt (LAG Düsseldorf 29. Januar 2010 – 9 Sa 303/07).

Die Entscheidung

Das BAG verneinte hingegen einen Betriebsteilübergang. Auf Erwerberseite durch die Klarenberg-Entscheidung des EuGH gebunden setzte das BAG auf der Veräußererseite an: dort müsse ermittelt werden, ob die übertragene Gesamtheit erstens eine „selbstständig abtrennbare organisatorische Einheit“ gewesen sei, mit der zweitens ein Teilzweck innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks verfolgt worden sei. Das BAG betont insbesondere das erste Element: Eine bloße Tätigkeit oder eine reine funktionelle Verknüpfung von Arbeitnehmern und Betriebsmitteln bilde für sich keine organisatorische Einheit. Nach dem BAG finde allgemein kein Übergang eines Betriebsteils statt, wenn das übernommene Personal und die übergegangenen Rechte nicht ausschließlich einer der vorhandenen Einheiten (Abteilungen, Gruppen etc.) zugeordnet werden könnten. Im Fall Klarenberg gehörten die übernommenen Mitarbeiter den drei verschiedenen Unterabteilungen an, die verbleibenden Mitarbeiter blieben in den Unterabteilungen. Auch die Betriebsmittel wurden je nur teilweise übernommen. Auf die Übernahme der Produktlinien wollte das BAG gar nicht abstellen, da diese zu verkaufendes Ergebnis der forschenden Abteilungsarbeit und nicht deren Teil gewesen sein. Auch ein Umsatzrückgang bei den dem Veräußerer verbleibenden Mitarbeitern und Produkten beim Veräußerer sei kein Indiz für einen Betriebs(teil)übergang.

Unser Kommentar

Das BAG liegt richtig. Die inzwischen beliebt-moderne Chronologie LAG Düsseldorf – Vorlage EuGH – LAG Düsseldorf – BAG hat nun auch im Recht des Betriebsübergangs

ihren Niederschlag gefunden. Das BAG entscheidet gegen das LAG Düsseldorf, ohne sich in offenen Widerspruch zu der vorangegangenen EuGH-Entscheidung zu begeben. Vielmehr stützt sich das BAG hinsichtlich der Betrachtung beim Veräußerer ausdrücklich auf andere EuGH-Urteile, ebenfalls aus jüngerer Zeit. Für die Bewertung, ob ein Veräußerungsvorgang einen Betriebsübergang generiert, erhält gerade erst die BAG-Entscheidung überhaupt Kriterien, um den Betriebsübergang von einer reinen Funktionsnachfolge ohne die Wirkungen des § 613a BGB zu trennen. Die unterschiedliche Sichtweise beim Erwerber (= EuGH) und beim Veräußerer (= BAG) fordert nun eine zweistufige Prüfung:

Zunächst ist zu untersuchen, ob die veräußerte Gesamtheit bei dem Veräußerer einen Betrieb oder einen Betriebsteil darstellte. In Stufe 2 ist zu prüfen, ob der wohl immer noch anhand der sieben mittlerweile eingebürgerten Kriterien zu prüfende Betriebsübergang (Art des Betriebs, materielle Betriebsmittel, immaterielle Gegenstände, Hauptbelegschaft, Kunden, Ähnlichkeit der Tätigkeit vor/nach Übergang, etwaige Unterbrechungen) beim Erwerber noch zu einer funktionellen Verknüpfung von übernommenen Mitarbeitern und Betriebsmitteln führt. Die neue Lage erschwert Gestaltungen, die einen Betriebsübergang ausschließen. Künftig wird eine vorausschauende Gestaltung einer Funktionsnachfolge vermehrt einschließen müssen, auch Einfluss auf die Veräußererstrukturen vor dem Verkauf zu nehmen.



Dietmar Heise, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Stuttgart
Telefon +49 711 9338 12894
dietmar.heise@luther-lawfirm.com

Leiharbeiternehmer zählen doch!

(BAG vom 18. Oktober 2011 – 1 AZR 335/10)

Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer erhielt Ende Mai 2009 mit weiteren zehn Arbeitnehmern vom Arbeitgeber, der insgesamt 20 eigene Arbeitnehmer sowie eine Leiharbeiternehmerin beschäftigte, eine betriebsbedingte Kündigung. Der Arbeitgeber lehnte unter Verweis auf die Unterschreitung des Eingangsschwellenwertes des § 111 BetrVG (Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern) Interessenausgleichsverhandlungen ab und sprach nach Anhörung des Betriebsrats die Kündigungen aus. Der Arbeitnehmer wehrte sich gegen die Kündigung und machte hilfsweise Nachteilsausgleichsansprüche wegen Verstoßes gegen die Interessenausgleichspflicht gem. § 111 BetrVG geltend. Er berief sich darauf, dass die Leiharbeiternehmer bei der Ermittlung der Unternehmensgröße im Sinne des § 111 BetrVG mitzuzählen seien.

Die Entscheidung

Das BAG hat dem Kläger einen Nachteilsausgleich zugesprochen. Nach Auffassung des BAG sind bei der Ermittlung des Eingangsschwellenwertes 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer nach § 111 BetrVG Leiharbeiternehmer, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, mitzuzählen, obwohl sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen. Damit weicht der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts von der Rechtsprechung des Siebten Senats ab. Der Siebte Senat hatte in der Entscheidung vom 10. März 2004 (7 ABR 49/03) geurteilt, dass für die Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nur betriebsangehörige Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und in die dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind, zu berücksichtigen seien. Diese Voraussetzung erfüllten Leiharbeiternehmer nicht. Daraus erwuchs der Grundsatz „Leiharbeiternehmer wählen, aber zählen nicht“. Eine Entscheidung durch den Großen Senat, die normalerweise bei abweichender Rechtsprechung unterschiedlicher Senate des Bundesarbeitsgerichts erforderlich ist, hat sich der Erste Senat durch die wenig überzeugende Argumentation entzogen, das zu § 9 BetrVG entwickelte Verständnis des Begriffs wahlberechtigte Arbeitnehmer könne nicht ohne Berücksichtigung des jeweiligen Normzwecks auf andere Vorschriften, in denen dieser Begriff enthalten ist, übertragen werden. § 9 und § 111 BetrVG verfolgten unterschiedliche Normzwecke, so dass es sachgerecht sei, den Begriff des wahlberechtigten Arbeitnehmers unter-

schiedlich auszulegen. Bei einer am Schutz vor finanzieller Überforderung kleinerer Unternehmen orientierten Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in § 111 BetrVG sei zu berücksichtigen, dass Leiharbeiternehmer wie betriebsangehörige Arbeitnehmer Arbeitsplätze besetzen und dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen. Maßgeblich sei da allein die Kopfzahl der als Arbeitnehmer beschäftigten Personen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist nicht nur aus Arbeitgebersicht zu kritisieren. Eine bisher klare Rechtslage wird durch die Entscheidung wieder aufgebrochen, weil das BAG den Fall mal wieder ergebnisorientiert entschieden hat. Es kann nicht sein, dass innerhalb eines Gesetzes ein unbestimmter Rechtsbegriff, hier der „wahlberechtigte Arbeitnehmer“, je nach Vorschrift unterschiedlich definiert wird. Aus der Entscheidung ergeben sich im Übrigen weitere Folgeprobleme. So wird man davon ausgehen können, dass Leiharbeiternehmer nicht nur bei der Ermittlung des Eingangsschwellenwertes in § 111 BetrVG von 20 Arbeitnehmern, sondern auch bei den Prozentangaben in § 17 KSchG, die für die Frage der Wesentlichkeit einer Betriebsänderung herangezogen werden, zu berücksichtigen sind.

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht deutlich macht, dass als weitere Voraussetzung hinzukommen muss, dass es sich um beschäftigte Arbeitnehmer handelt sowie um Leiharbeiternehmer, die mindestens drei Monate eingesetzt werden, ist hier jedoch das Feld für weiteres Konfliktpotential zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eröffnet bei der Frage, ob die Maßnahme interessenausgleichspflichtig ist oder nicht.



Stefanie Prehm, Partnerin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Köln

Telefon +49 221 9937 25733

stefanie.prehm@luther-lawfirm.com

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
30.04.2012	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Roman Frik)	DGFP, Stuttgart
30.05.2012	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Volker Schneider)	DGFP, Hamburg
20.06.2012	Professionalisierungsprogramm: Personalleiter – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf
25.06.2012	Crashkurs Betriebsverfassungsrecht für Führungskräfte (Hans-Christian Ackermann)	DGFP, Düsseldorf
05.07.2012	Professionalisierungsprogramm: Personalreferent – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf
06.07.2012	Professionalisierungsprogramm: Personalreferent – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf
22.08.2012	Professionalisierungsprogramm: Personalleiter – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf
30.08.2012	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf

In eigener Sache: Luther eröffnet Office in London

Seit dem 1. März 2012 bietet Luther allen deutschen und internationalen Mandanten mit dem neu eröffneten Repräsentanzbüro eine Anlaufstelle an der Themse. Luther ist mit dem neuen Office nun an insgesamt sieben Auslandsstandorten und einem weiteren wichtigen internationalen Finanzplatz mit eigenem Büro vertreten.

Kontakt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Tobias Verlende (Head of London Office)
7 Pilgrim Street
London EC4V 6LB
Großbritannien
Mobil +44 7506 329 527
tobias.verlende@luther-lawfirm.com

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.: Dr. Roman Frik, LL.M. (Köln/Paris), Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Augustenstraße 7, 70178 Stuttgart, Telefon +49 711 9338 12894, Telefax +49 711 9338 110, roman.frik@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 711 23960 0, Telefax +49 711 23960 49, contact@vischer-bernet.de

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 diesen Informationsservice der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH nicht mehr nutzen 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.

Unsere Büros in Deutschland

Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Friedrichstraße 140
10117 Berlin
Telefon +49 30 52133 0
berlin@luther-lawfirm.com

Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Radeberger Straße 1
01099 Dresden
Telefon +49 351 2096 0
dresden@luther-lawfirm.com

Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 0
dusseldorf@luther-lawfirm.com

Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
Telefon +49 201 9220 0
essen@luther-lawfirm.com

Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
An der Welle 10
60322 Frankfurt a. M.
Telefon +49 69 27229 0
frankfurt@luther-lawfirm.com

Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45
20354 Hamburg
Telefon +49 40 18067 0
hamburg@luther-lawfirm.com

Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berliner Allee 26
30175 Hannover
Telefon +49 511 5458 0
hanover@luther-lawfirm.com

Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln
Telefon +49 221 9937 0
cologne@luther-lawfirm.com

Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Grimmaische Straße 25
04109 Leipzig
Telefon +49 341 5299 0
leipzig@luther-lawfirm.com

München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstraße 10–12
80333 München
Telefon +49 89 23714 0
munich@luther-lawfirm.com

Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Augustenstraße 7
70178 Stuttgart
Telefon +49 711 9338 0
stuttgart@luther-lawfirm.com

Unsere Auslandsbüros

Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Avenue Louise 240
1050 Brüssel
Telefon +32 2 6277 760
brussels@luther-lawfirm.com

Budapest

Luther in Kooperation mit:
Walde, Fest & Partners
Attorneys at Law
Kossuth Lajos tér 13–15
1055 Budapest
Telefon +36 1 381 000
office@waldefest.com

Istanbul

istanbul@luther-lawfirm.com

London

Luther
7 Pilgrim Street
London EC4V 6LB
london@luther-lawfirm.com

Luxemburg

Luther
3, rue Goethe
1637 Luxembourg
Telefon +352 27484 1
luxembourg@luther-lawfirm.com

Shanghai

Luther
21/F ONE LUJIAZUI
68 Yincheng Middle Road
Pudong New Area, Shanghai
Shanghai 200121
Telefon +86 21 5010 6580
shanghai@cn.luther-lawfirm.com

Singapur

Luther LLP
4 Battery Road
#25-01 Bank of China Building
Singapur 049908
Telefon +65 6408 8000
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer
Homepage unter www.luther-lawfirm.com

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.

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