

## Arbeitsrecht

Arbeitsverhältnis im Konzern

Neue Regeln in der Zeitarbeit

Zulässigkeit von Kettenbefristungen

Fehlerhafte Massenentlassungsanzeige

Schadensersatz einer Gewerkschaft wegen Streiks

Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder bei nicht erforderlichen Beratungsleistungen

Weitere Themen siehe Innenteil

## **Arbeitsverhältnis im Konzern**

Seite 3

## **Neue Regeln in der Zeitarbeit – insbesondere Branchenzuschläge**

Seite 5

## **Zur Zulässigkeit von Kettenbefristungen – Rechtsmissbrauchskontrolle und Anforderungen an den Sachgrund der Vertretung**

Seite 7

## **Die fehlerhafte Massenentlassungsanzeige**

Seite 9

## **Schadensersatz einer Gewerkschaft wegen Streiks**

Seite 10

## **Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder bei nicht erforderlichen Beratungsleistungen**

Seite 12

## **Nachrichten in Kürze**

Seite 13

## **Aktuelle Veranstaltungen**

Seite 17

# Arbeitsverhältnis im Konzern

Ein Konzern i.S.d. § 18 AktG ist keine selbstständige juristische Person, sondern der Zusammenschluss eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit unter der Leitung des herrschenden Unternehmens. Deshalb ist der Konzern nicht selbst Arbeitgeber des jeweiligen Arbeitnehmers, sondern das ihm angehörige Konzernunternehmen. Im Gegensatz zum Konzern handelt es sich bei den einzelnen Konzernunternehmen um eigenständige Gesellschaften, mithin um juristische Personen (vgl. z. B. § 13 Abs. 1 GmbHG).

Gleichwohl gibt es einige typische arbeitsrechtliche Besonderheiten, die im Konzernarbeitsverhältnis beachtet werden müssen. Der folgende Beitrag soll die wichtigsten Fallgruppen aufzeigen.

## Kündigungsschutzrecht

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist nicht konzernbezogen. Das bedeutet, dass auch im Konzern das Kündigungsschutzgesetz primär an das (Konzern-)Unternehmen, das die Arbeitgeberstellung gegenüber dem Arbeitnehmer innehat, anknüpft. Vor allem findet bezogen auf das jeweilige Unternehmen, sofern es i.d.R. mindestens zehn Arbeitnehmer beschäftigt, das Kündigungsschutzgesetz Anwendung (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG).

Allerdings sind bei der betriebsbedingten Kündigung im Konzern einige Besonderheiten zu beachten:

So ist die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG auch im Konzern zwar grundsätzlich betriebsbezogen durchzuführen. Es stellt sich hier jedoch praktisch häufig der Fall, dass es im Konzern oft gemeinsame Betriebe i.S.d. § 1 Abs. 2 BetrVG gibt; hinsichtlich der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Personen ist also auf die Bestimmung des maßgeblichen Betriebes besonderes Augenmerk zu legen.

Bei dem Bestehen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit/freier Arbeitsplatz ist insbesondere relevant, ob eine Konzernversetzungsklausel im Arbeitsvertrag vereinbart worden ist.

Grundsätzlich sind anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten nicht im Betrieb, sondern im jeweiligen Unternehmen zu suchen. Jedoch werden auch an dieser Stelle die Rechte des Arbeitnehmers – auf den Konzern – ausgeweitet. Ist vorbehalten, den Arbeitnehmer (einer) anderen/r Konzerngesellschaft(en) (bei gleichzeitiger Übertragung des Weisungsrechts) zu überlassen, liegt eine sog. Konzernarbeitnehmerüberlassung vor. In diesem Fall ist auch in der/den anderen Konzerngesellschaft(en) nach freien Arbeitsplätzen zu suchen, in die der Arbeitnehmer überlassen werden kann. Gleiches gilt für den Fall, dass zwar keine Übertragung des Weisungsrechts – wie im Fall der Arbeitnehmerüberlassung – stattfindet und der Arbeitnehmer seine ihm gegenüber der Arbeitgeberin obliegenden Arbeitspflichten lediglich bei anderen Konzernunternehmen faktisch ausübt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht auch dann ausnahmsweise angenommen wird, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat (BAG vom 18. Oktober 2012 – 6 AZR 41/11, NZI 2013, 586 ff.). Zuletzt ist in diesem Zusammenhang aber auch zu betonen, dass der Arbeitnehmer, der sich auf eine konzernweite Beschäftigungsmöglichkeit beruft, darzulegen und zu beweisen hat, bei welchem Unternehmen auf welchem – freien – Arbeitsplatz er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt (BAG vom 24. Mai 2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, 277 ff.).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das „Forschen“ nach einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Konzern deutlich weiter geht und damit das Risiko der Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung signifikant erhöht wird. Letztlich wird damit durch die Vereinbarung einer Konzernversetzungsklausel praktisch ein „konzernweiter Kündigungsschutz“ implementiert (vgl. dazu v.a. BAG vom 24. Mai 2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, 277 ff. und BAG vom 23. März 2006 – 2 AZR 162/05, NZA 2007, 20 ff.).

Hinsichtlich der Anrechnung von Betriebszugehörigkeitszeiten ist zuletzt anzumerken, dass der häufige Irrglaube, innerhalb

eines Konzerns werde bei einem aufeinanderfolgenden Tätigwerden für mehrere Konzernunternehmen (jeweils mit eigenem Arbeitsvertrag) stets die zuvor bei einer anderen Konzerngesellschaft abgeleistete Betriebszugehörigkeit angerechnet, unzutreffend ist. Es gibt hier keinen Automatismus. Selbstverständlich kann eine solche Anrechnung der Betriebszugehörigkeitszeiten stets individualvertraglich vereinbart werden. Erfolgt dies aber nicht, so gilt jedes Mal erneut die sechsmonatige „gesetzliche Probezeit“ des § 23 KSchG. Relevant ist eine solche Anrechnung vorheriger Betriebszugehörigkeitszeiten auch für die Berechnung der Länge der Kündigungsfristen.

## Befristung von Arbeitsverhältnissen im Konzern

Auch ist bei der Vereinbarung von Arbeitsverhältnissen mit sachgrundloser Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG) im Konzern Vorsicht geboten. Grundsätzlich ist es so, dass nach § 14 Abs. 2 Satz 3 KSchG hinsichtlich der sog. „Zuvor-Beschäftigung“ lediglich ausgeschlossen sein muss, dass mit demselben Arbeitgeber bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies bedeutet, dass das Vorliegen einer Zuvor-Beschäftigung i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG grundsätzlich in Bezug auf die jeweilige Konzerngesellschaft zu prüfen ist (vgl. BAG vom 18. Oktober 2006 – 7 AZR 749/05, FA 2007, 141). Allerdings betont das BAG auch, dass dann, „wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb abschließen, um auf diese Weise über die nach § 14 Abs. 2 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können“, dies rechtsmissbräuchlich ist (BAG vom 9. März 2011 – 7 AZR 657/09, NZA 2011, 1147 ff.).

## Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist eine Arbeitnehmerüberlassung (nur) dann erlaubnisfrei, wenn zwischen Konzernunternehmen i.S.d. § 18 AktG der Arbeitnehmer „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.“ Diese Neufassung des sog. Konzernprivilegs wurde im Zuge der AÜG-Novelle im Jahr 2012 in das Gesetz aufgenommen. In der vorherigen Fassung wurde noch darauf abgestellt, dass die Arbeitnehmerüberlassung lediglich „vorübergehend“ erfolgt.

Da (auch) bei konzerninternen Personalüberlassungsgesellschaften die für diese Personalüberlassungsgesellschaft tätigen Arbeitnehmer gerade „zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden“, ist nach der Neufassung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nunmehr die Einholung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erforderlich. Denn insoweit hat das Arbeitsgericht Krefeld jüngst (vgl. ArbG Krefeld vom 15. Mai 2012 – 1 Ca 2551/11) zutreffend festgestellt, dass der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. [Eröffnung des Anwendungsbereichs] weit zu verstehen ist und jede Arbeitnehmerüberlassung außerhalb des Bereichs der Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfasst (ebenso LAG Düsseldorf vom 26. Juli 2012 – 15 Sa 1452/11, BB 2012, 2112). Damit werden auch Unternehmen erfasst, die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern oder in konzernähnlichen Strukturen betreiben (konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung).

Umstritten ist allerdings, ob man mittels konzerninterner Überlassungsgesellschaften auch Dauerarbeitsplätze besetzen kann. So urteilte das LAG Berlin-Brandenburg (vgl. Teilurteil vom 9. Januar 2013 – 15 Sa 1635/12, ArbRB 2013, 314), dass es einen institutionellen Rechtsmissbrauch darstellt, wenn ein verleihendes Konzernunternehmen nur an einen oder mehrere Konzernunternehmen Arbeitnehmer verleiht, nicht am Markt werbend tätig ist und die Einschaltung dieses verleihenden Unternehmens nur dazu dient, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Diese Rechtsprechung schießt nach unserer Einschätzung deutlich über das Ziel hinaus. Eine endgültige Entscheidung des BAG steht aber noch aus und wird vermutlich zeitgleich mit anderen anhängigen Rechtsfragen aus dem Bereich (§ 99 BetrVG) entschieden werden.

## Fazit

Grundsätzlich knüpft das Arbeitsrecht an den Betrieb und in vielen Fällen an das Unternehmen an. Die Anknüpfung an den Konzern ist zwar vergleichsweise selten, führt aber – wenn es denn einmal so weit ist – zu besonders komplexen Problemen, die die Rechtsprechung zunehmend beschäftigt.



**Axel Braun, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln

Telefon +49 221 9937 25740

axel.braun@luther-lawfirm.com

# Neue Regeln in der Zeitarbeit – insbesondere Branchenzuschläge

Die Zeitarbeit ist seit langem Spielball von Interessen. Vor gut zehn Jahren wurde sie deutlich erleichtert, weil Zeitarbeit im Ausland zu Beschäftigung führt. Nunmehr setzt die Politik vermehrt Schranken – wohl geleitet von Einzelfällen mit hoher Publizität und gewerkschaftlichen Forderungen folgend. Allen voran die IG Metall denunziert Zeitarbeit als „prekäre“ Arbeit.

## Die Änderungen

Ende 2011 wurde – auch in Umsetzung europäischen Rechts – das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (im Folgenden: AÜG) verschärft. Unter anderem wurde festgelegt, dass Arbeitnehmer nur vorübergehend überlassen werden. Sanktionen werden allerdings nicht angeordnet. Die mögliche Bandbreite der Rechtsfolgen bekommt die Praxis nun von den Arbeitsgerichten geliefert. Auf Details muss hier aus Platzgründen verzichtet werden.

Auf politischen Druck hin haben die beiden großen Zeitarbeitsverbände – BAP und IGZ – im vergangenen Jahr die Vergütung der Zeitarbeitnehmer derjenigen der fest angestellten Mitarbeiter der Entleiher angenähert. Bislang sah (und sieht) das AÜG in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und in § 9 Nr. 2 zwar als Grundsatz vor, dass die Zeitarbeitnehmer gleiche Arbeitsbedingungen („Equal Treatment“) genießen und insbesondere gleiches Arbeitsentgelt („Equal Pay“) beziehen sollen wie vergleichbare Arbeitnehmer der Entleiher. Die genannten Bestimmungen sehen allerdings vor, dass der Grundsatz durch Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche unter wenigen Einschränkungen abgelöst werden kann. So geschah es in der Praxis. Vor einem Jahr drohte die Bundesarbeitsministerin mit gesetzlich zwingendem Equal Pay, wenn nicht die Tarifparteien dies selbst anordnen würden. Die genannten Verbände vereinbarten daraufhin mit einer Reihe von Gewerkschaften Tarifverträge über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen, so zunächst für die Metall- und Elektroindustrie (in Kraft getreten: 1. November 2012), sodann für die chemische (1. November 2012) und die Kunststoff ver-

arbeitende Industrie (1. November 2013), die Kautschukindustrie (1. Januar 2013), den Schienenverkehr (1. April 2013), dann für die Holz- und Kunststoff verarbeitende (1. April 2013), für die Textil- und Bekleidungs- (1. April 2013) sowie für die Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitende Industrie (1. Mai 2013). Weitere Branchen werden mit einiger Sicherheit folgen. Die Tarifverträge führen zu Gehaltsanpassungen der Zeitarbeitnehmer an die Entleiherbetriebe. Dazu sogleich mehr.

Die IG Metall ist mit den Arbeitgebern der Metall- und Elektroindustrie noch einen Schritt weitergegangen und hat den Einsatz von Zeitarbeit in ihrer Branche durch einen Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit vom 19. Mai 2012 reglementiert (so der Titel und das Abschlussdatum des Tarifvertrags in Baden-Württemberg, in den anderen Tarifgebieten wurden entsprechende Tarifverträge geschlossen). Dieser Tarifvertrag sieht optional Betriebsvereinbarungen über Zeitarbeit vor und stellt Grundregeln für Betriebe auf, in denen keine entsprechende Betriebsvereinbarung gilt. Außerdem beschränkt der Tarifvertrag u.a. die Auswahl der Zeitarbeitsunternehmen: Zeitarbeitsunternehmen, die nicht mindestens die mit der IG Metall vereinbarten Entgelte und Zuschläge zahlen, sollen nicht beauftragt werden dürfen. Diese Tarifverträge bewegen sich an der Grenze der tariflichen Regelungsmacht und des Kartellrechts.

## Reichweite der Branchenzuschläge

Die Branchenzuschläge gelten bei den Mitgliedern der tarifschließenden Arbeitgeberverbände BAP und IGZ für deren in den tarifschließenden Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer. Das fordert erst einmal diese Arbeitgeber, weil Arbeitnehmer üblicherweise höchstens in einer Gewerkschaft organisiert sind: Die Arbeitgeber werden darüber nachdenken müssen, ob und wie alle Tarifverträge für alle Arbeitnehmer gelten sollen.

Zeitarbeitsunternehmen, die nicht einem der beiden vorgenannten Arbeitgeberverbände angehören, werden im Hinblick auf die oben skizzierten Equal-Pay-Regelungen des AÜG nicht um eine freiwillige Anwendung der Tarifverträge umhin kommen. Hinzu kommt, dass sie mittels der Leih- und Zeitarbeitstarifverträge zumindest in der Metall- und Elektroindustrie weiterem Druck ausgesetzt werden, die Branchenzuschlagstarifverträge anzuwenden.

## Höhe der Branchenzuschläge

Die Zuschläge sind in jedem Tarifvertrag eigens geregelt. In der Struktur sind die Tarifverträge aber sehr ähnlich, weitgehend auch hinsichtlich der Höhe.

Der Zuschlag steigt in fünf Stufen mit der Einsatzdauer an. Erstmals geleistet wird ab der siebten Woche ein Zuschlag von 15%. Nach dem neunten vollendeten Monat erreicht der Zuschlag die Endstufe von 50%. Die Zuschläge für die Chemieindustrie sind ähnlich geregelt, in der Kautschuk- und Kunststoffindustrie werden demgegenüber erheblich geringere Zuschläge gezahlt, die mit 4% (Kautschuk) bzw. 7% (Kunststoff) nach sechs Wochen beginnen und gestaffelt nach Einsatzzeit schließlich mit 16% (Kautschuk) bzw. 25% (Kunststoff) enden. Der Stundenzuschlag ist im Übrigen auf die Differenz zu der Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Kundenbetrieb beschränkt; mehr als Equal Pay wird also nicht gezahlt. Grundlage für die Berechnung ist das Stundentabellentgelt des Entgelttarifvertrags Zeitarbeit. Durch einen Kunstgriff liegt der Deckel zumindest bei Überlassung in die Metall- und Elektrobranche regelmäßig 10% unterhalb des Entgelts der vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers.

Zeitarbeit wird es auch künftig geben. Angesichts der neuen Hemmnisse ist den Unternehmen aber nicht zu verübeln, wenn sie (zulässige!) Alternativen zur Zeitarbeit prüfen. Diese werden nicht notwendig in von den Gewerkschaften ersehnten Dauerarbeitsverträgen münden.



**Dietmar Heise, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart

Telefon +49 711 9338 25719

[dietmar.heise@luther-lawfirm.com](mailto:dietmar.heise@luther-lawfirm.com)

## Voraussetzungen des Zuschlags

Der Zuschlag wird nur bei ununterbrochenem Einsatz gezahlt; Unterbrechungen von weniger als drei Monaten sind unerheblich. Während die Arbeitsgerichte mittlerweile zu einer arbeitsplatzbezogenen Betrachtung von Zeitarbeit neigen und damit einem Austausch der eingesetzten Zeitarbeitnehmer seine Wirkung nehmen, kommt es bei den Branchenzuschlägen auf die Person des Zeitarbeitnehmers an.

Eine Verrechnung des Zuschlags mit sonstigen Leistungen ist z.B. im Branchenzuschlagstarifvertrag Metall ausgeschlossen. Zugelassen ist jedoch eine Anrechnung auf gezahlte übertarifliche Leistungen.

## Folgen

Zeitarbeit wird erschwert und verteuert. Das trifft die Zeitarbeitsunternehmen. Die geänderte Betrachtung der Zeitarbeitnehmer insbesondere im Kündigungs- und Mitbestimmungsrecht trifft auch die Entleiher unmittelbar. Die Kostensteigerungen werden sie mindestens teilweise auch zu tragen haben.

Den neuen Pflichtenkatalog werden die Zeitarbeitsunternehmen häufig nur tragen können, wenn sie auch ihre Vertragswerke mit den Entleihern anpassen und insbesondere Auskunftspflichten erweitern.

# Zur Zulässigkeit von Kettenbefristungen – Rechtsmissbrauchs-kontrolle und Anforderungen an den Sachgrund der Vertretung

BAG vom 18. Juli 2012 – 7 AZR 783/10

Das BAG entschied, dass das Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarfs im Unternehmen nicht gegen die wirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses wegen des Sachgrundes der Vertretung spricht. Kettenbefristungen sind grundsätzlich zulässig und können aber ausnahmsweise unter besonderen Umständen trotz Vorliegens eines sachlichen Grundes wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein.

## Der Fall

Das BAG hatte über die Wirksamkeit eines befristeten Arbeitsvertrags zu entscheiden. Die Klägerin war insgesamt sieben Jahre und neun Monate auf Grundlage von vier befristeten Arbeitsverträgen bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Die letzte vereinbarte Befristung beruhte auf der Elternzeitvertretung eines Kollegen. Dieser Mitarbeiter nahm seine Beschäftigung allerdings bereits im Laufe der Vertretungszeit wieder auf. Das BAG erachtete diese Kettenbefristung für zulässig. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs im Hinblick auf die langjährige Beschäftigung der Klägerin sowie der vier Befristungen sah das BAG nicht. Es schloss jedoch nicht aus, dass häufige Befristungen rechtsmissbräuchlich sein können.

## Die Entscheidung

Nach Ansicht des BAG bestehen keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch. Die Befristung wurde daher für wirksam erachtet.

Sachgrund für die Befristung war eine Vertretung für einen in Elternzeit befindlichen Mitarbeiter. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird.

Der Sachgrund der Vertretung liegt vor, wenn der zur Vertretung eingestellte Arbeitnehmer die ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt oder mit anderen Aufgaben betraut wird. Mithin darf die Einstellung des befristet angestellten Arbeitnehmers nur wegen des Arbeitskräftebedarfs infolge der vorübergehenden Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters erfolgen. Andere Aufgaben dürfen dem befristet angestellten Arbeitnehmer nur übertragen werden, wenn der Arbeitgeber diese Aufgaben dem zu vertretenden Mitarbeiter selbst hätte zuweisen dürfen (Grundsatz der „gedanklichen Zuordnung“).

Eine Dauerververtretung wegen eines ständigen Vertretungsbedarfs im Unternehmen steht dem Sachgrund der Vertretung nicht entgegen, solange die Unmittelbarkeit gewahrt ist. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, einen ständigen Vertretungsbedarf im Unternehmen durch eine Personalreserve aus unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern auszugleichen.

Nach Ansicht des BAG ist die Sachgrundbefristung vorliegend wirksam. In dem letzten befristeten Vertrag der Klägerin sei ausdrücklich festgehalten, dass sie die Vertretung für den in Elternzeit befindlichen Mitarbeiter sei. Die Klägerin müsse in ihrer Funktion als Vertretung auch nicht an demselben Arbeitsort eingesetzt werden wie der in Elternzeit befindliche Mitarbeiter. Könne der Arbeitgeber dem vertretenen Beschäftigten kraft seines Direktionsrechts einen anderen Arbeitsort zuweisen, so stehe ihm das auch gegenüber dessen Vertretung zu. Da der Arbeitsvertrag des vorübergehend nicht tätigen Mitarbeiters den Einsatz in anderen Filialen ausdrücklich erlaube, könne das Unternehmen die Klägerin auch in einer anderen Filiale einsetzen. Dies sei Ausdruck des Grundsatzes der „gedanklichen Zuordnung“. Die Vertretung des in Elternzeit befindlichen Mitarbeiters ist somit durch den Sachgrund der Vertretung gem. § 14 Abs. 1 Satz 3 TzBfG gerechtfertigt.

Das BAG sah zudem auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeitgeberin die Möglichkeiten zur wiederholten Befristung des Arbeitsverhältnisses rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Das BAG verwies insoweit auf die Rechtsprechung des EuGH (vom 26. Januar 2012 – C-586/10), wonach Kettenbefristungen mit Sachgrund grundsätzlich rechtswirksam sind. Nach den Feststellungen des EuGH ist jedoch im Einzelfall stets von den Gerichten zu kontrollieren, ob der Arbeitgeber wiederholt Befristungen des Arbeitsverhältnisses rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Als Kriterien für einen möglichen Rechtsmissbrauch soll auf die Zahl und die Dauer der mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinanderfolgenden Verträge abgestellt werden.

Das BAG entschied, dass für die unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzustellen sei. Ein Rechtsmissbrauch setze voraus, dass ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen.

Vorliegend seien die Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs nicht gegeben. Nach Auffassung des BAG könne eine missbräuchliche Ausnutzung nur indiziert sein, wenn die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ oder kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten würden. Da dies vorliegend bei vier Befristungen innerhalb von sieben Jahren und neun Monaten nicht der Fall sei, scheide ein Rechtsmissbrauch aus.

## Unser Kommentar

Obwohl es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, empfehlen wir den Sachgrund der Befristung in den Arbeitsvertrag ausdrücklich aufzunehmen. Wenn im Arbeitsvertrag festgehalten ist, dass der Arbeitnehmer als Vertretung für Mitarbeiter XY eingestellt wird und dass er auch dessen Aufgabenbereich übernimmt, vereinfacht dies die entsprechende Dokumentation in den Personalunterlagen. Zudem kommt der Arbeitgeber durch dieses Vorgehen dem Grundsatz der „gedanklichen Zuordnung“ nach, so dass er den befristet eingestellten Arbeitnehmer flexibler einsetzen und ihm ggf. auch einen anderen Arbeitsort zuweisen kann.

Fragen zu dieser Entscheidung beantwortet



**Almuth Floto**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln  
Telefon +49 221 9937 24828  
[almuth.floto@luther-lawfirm.com](mailto:almuth.floto@luther-lawfirm.com)



# Die fehlerhafte Massenentlassungsanzeige

BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10

Einer Massenentlassungsanzeige muss eine eindeutige, abschließende Stellungnahme des Betriebsrats beigefügt werden. Fehlt eine solche, wird dieser Fehler nicht durch einen bestandskräftigen Bescheid der Agentur für Arbeit geheilt.

## Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer wehrte sich gegen eine Kündigung, die ihm gegenüber im Zuge der Insolvenz seines Arbeitgebers ausgesprochen wurde. Der im Insolvenzverfahren erstellte Interessenausgleich enthielt ein Sanierungskonzept, das einen Stellenabbau beinhaltete. Da der Arbeitgeber weder den Interessenausgleich noch die Stellungnahme des Betriebsrats seiner Massenentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit beifügte, hielt der Kläger die Kündigung für unwirksam. Ist es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung von Bedeutung, dass der Betriebsrat die Agentur für Arbeit schriftlich über seine Kenntnis von der Absendung der Massenentlassungsanzeige unterrichtete und die Agentur für Arbeit den Eingang der Massenentlassungsanzeige bestätigte und zudem per Bescheid die Sperrfrist verkürzte?

## Die Entscheidung

Nach Ansicht des BAG ist dies unerheblich und die Kündigung unwirksam. Die Massenentlassungsanzeige sei fehlerhaft und der Fehler könne auch nicht durch den Bescheid der Agentur für Arbeit geheilt werden.

Einer Massenentlassungsanzeige müsse gem. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG eine Stellungnahme des Betriebsrats beigefügt sein. Die spätere Mitteilung des Betriebsrats, in der er die Agentur für Arbeit informierte, dass er Kenntnis von der abgesendeten Massenentlassungsanzeige habe, genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht. Zwar mache § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG keine Angaben bezüglich des erforderlichen Inhalts einer Stellungnahme des Betriebsrats. Daraus folgt nach dem BAG

jedoch nicht, dass jegliche Äußerung des Betriebsrats gegenüber der Agentur für Arbeit unabhängig von ihrem Inhalt den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Vorschrift solle es der Arbeitsverwaltung ermöglichen, nach Lösungen für die durch die beabsichtigte Massenentlassung aufgeworfenen Probleme zu suchen. Ausgehend von diesem Zweck solle die Stellungnahme des Betriebsrats gegenüber der Agentur für Arbeit zum einen belegen, ob und welche Möglichkeiten der Betriebsrat sehe, die angezeigten Kündigungen zu vermeiden. Zum anderen solle belegt werden, dass soziale Maßnahmen mit ihm beraten und ggf. getroffen worden sind. Auch solle sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber eine ihm ungünstige Stellungnahme nicht verschweigen kann.

Alternativ hätte der Arbeitgeber bei Fehlen einer Stellungnahme gem. § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG auch glaubhaft machen können, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige unterrichtet hat, und den Stand der Beratungen darlegen können. § 17 Abs. 3 KSchG gebe dem Arbeitgeber ein Verfahren an die Hand, mit dem er verhindern könne, dass der Betriebsrat durch die Verweigerung einer Stellungnahme die Kündigungen erheblich verzögert. Diese Möglichkeit habe der Arbeitgeber aber nicht genutzt, urteilte das BAG.

Die Eingangsbestätigung und der Bescheid der Agentur für Arbeit über die Verkürzung der Sperrfrist können die Fehler der Massenentlassungsanzeige dem BAG zufolge nicht heilen. Dabei spiele es keine Rolle, dass der Bescheid formell bestandskräftig, d.h. unanfechtbar, geworden sei, nachdem die Frist zum Einlegen von Rechtsbehelfen abgelaufen war. Denn ein solcher Bescheid entfaltet nach Ansicht des BAG weder gegenüber dem Arbeitgeber noch gegenüber der Arbeitsgerichtsbarkeit eine materielle Bestandskraft. Ob der Arbeitgeber bei der Massenentlassungsanzeige den Anforderungen des § 17 KSchG genügt hat, werde von der Bindungswirkung des Bescheids der Arbeitsverwaltung nach § 18 KSchG nicht umfasst.

## Unser Kommentar

Bislang war unklar, ob ein bestandskräftiger, nicht offensichtlich unwirksamer Verwaltungsakt der Agentur für Arbeit, der die Zulässigkeit der Entlassung zu einem bestimmten Zeitpunkt feststellt, die Arbeitsgerichte daran hindert, im Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige anzunehmen. Das BAG hat diese Frage nun verneint. Arbeitgeber haben stets darauf zu achten, dass die Voraussetzungen für eine wirksame Massenentlassungsanzeige eingehalten werden. Auf einen Verwaltungsakt der Agentur für Arbeit, der die Zulässigkeit der Entlassung in einem bestimmten Zeitpunkt feststellt, können sie nicht vertrauen.



Johannes Schäfer, MLE

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hannover

Telefon +49 511 5458 20231

johannes.schaefer@luther-lawfirm.com

# Schadensersatz einer Gewerkschaft wegen Streiks

BAG vom 19. Juni 2012 – 1 AZR 775/10

Eine Gewerkschaft darf nicht zur Durchsetzung ausschließlich verbandsbezogener Tarifforderungen zu einem Warnstreik in einem Unternehmen aufrufen, wenn das Unternehmen von einer Verbandsmitgliedschaft mit Tarifbindung in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung gewechselt ist und die Gewerkschaft rechtzeitig vor Beginn der Arbeitskampfmaßnahme hierüber informiert hat.

## Der Fall

Ein Unternehmen verlangt von einer Gewerkschaft Schadensersatz für die wirtschaftlichen Folgen eines von der Gewerkschaft geführten Warnstreiks. Das Unternehmen war ursprünglich tarifgebundenes Mitglied im Arbeitgeberverband Druck und Medien (VDMH) und wechselte dann innerhalb des Verbandes in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT). Der Geschäftsführer des Unternehmens informierte die Gewerkschaft mündlich über den Statuswechsel in die OT-Mitgliedschaft. Nach der Unterrichtung rief die Gewerkschaft im Rahmen laufender Tarifverhandlungen zu einem eintägigen Warnstreik auf, um eine Lohnerhöhung durchzusetzen. Die Gewerkschaft war der Ansicht, dass der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft schriftlich nachgewiesen werden müsse.

## Die Entscheidung

Das BAG hält diesen Warnstreik für rechtswidrig und entschied, anders als die Vorinstanzen, dass die Gewerkschaft verpflichtet ist, dem Unternehmen Schadensersatz zu zahlen.

Nach Ansicht des Senats darf ein Unternehmen, welches innerhalb eines Arbeitgeberverbandes während laufender Tarifverhandlungen wirksam von einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung wechselt, nicht mehr zur Durchsetzung ausschließlich verbandsbezogener Tarifforderungen „bestreikt“ werden, wenn die Gewerkschaft rechtzeitig vor Beginn der beabsichtigten Arbeitskampfmaßnahme unterrichtet wurde. Die Unterrichtung über den Statuswechsel unterliege keinen besonderen formalen Anforderungen und bedürfe insbesondere keines schriftlichen Nachweises. Entscheidend sei, dass der Gewerkschaft hinreichend deutlich und klar mitgeteilt wurde, dass ein Statuswechsel erfolgt war und keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit der Information bestanden.

Entgegen der Auffassung der Gewerkschaft verneinte das BAG auch die Voraussetzungen eines rechtmäßigen Partizipationsstreiks. Ein Partizipationsstreik richtet sich gegen einen Arbeitgeber, der zwar nicht Verbandsmitglied ist, bei dem aber die Übernahme des umkämpften Verbandstarifvertrags rechtlich gesichert ist. Diese Anforderung sieht das BAG erfüllt, wenn ein mit dem Arbeitgeber vereinbarter Firmentarifvertrag dynamisch auf näher bezeichnete Verbandstarifverträge verweist oder wenn generell in den Arbeitsverträgen die Geltung der Verbandstarifverträge vereinbart ist. Das BAG hielt in diesem Fall die Übernahme des Verbandstarifvertrags nicht für gesichert, da der Arbeitgeber inzwischen in einen anderen Verband mit Tarifbindung gewechselt war.

Da das Unternehmen nicht an den angestrebten Tarifabschluss gebunden ist, war der Streik rechtswidrig. Durch den rechtswidrigen Streik hat die Gewerkschaft nach Ansicht des BAG eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung begangen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird aber nicht jedes rechtswidrige Verhalten als schuldhaft angesehen, weil dadurch unzumutbare Haftungsrisiken für die Gewerkschaften entstehen würden. Vor einem Streik muss jedoch die Gewerkschaft ihre Streikziele sorgfältig prüfen. Bestehen Zweifel über die Rechtmäßigkeit, dürfe sie einen Streik nur dann durchführen, wenn „sehr beachtliche Gründe“ für eine Zulässigkeit sprechen und eine endgültige Klärung der Rechtslage nicht anders zu erreichen ist. Das BAG bejahte ein fahrlässiges Verhalten der Gewerkschaft, da die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit des Blitzwechsels in eine OT-Mitgliedschaft während laufender Tarifverhandlungen bekannt war.

## Unser Kommentar

Arbeitgeber haben die Möglichkeit, durch einen rechtzeitigen Wechsel in die OT-Mitgliedschaft in das Tarifgeschehen einzugreifen, soweit es die Satzungen der Verbände zulassen. Damit ein solcher Statuswechsel tarifvertragliche Wirkung entfalten kann, ist dieser der Gewerkschaft rechtzeitig vor einer Arbeitskampfmaßnahme anzuzeigen. Die Entscheidung verdeutlicht die Bedeutung dieser Anzeige während laufender Tarifverhandlungen. Zwar erklärt das BAG, dass die Anzeige eines Statuswechsels keinem Schriftformerfordernis unterliegt, zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen ist aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch zu einer schriftlichen Anzeige zu raten. Die Anzeige kann durch das Unternehmen oder durch den Arbeitgeberverband erfolgen.



**Dr. Volker Schneider, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg  
Telefon +49 40 18067 12195  
volker.schneider@luther-lawfirm.com

# Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder bei nicht erforderlichen Beratungsleistungen

BGH vom 25. Oktober 2012 – III ZR 266/11

## Der Fall

Ein Arbeitgeber plante in seinem Betrieb verschiedene Umstrukturierungsmaßnahmen, die zum Abbau und zur Verlegung zahlreicher Arbeitsplätze ins Ausland führen sollten. Der Betriebsrat beschloss daher, sich zur Vorbereitung auf einen Interessenausgleich von einem Unternehmen betriebswirtschaftlich beraten zu lassen, welches sich auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert hatte. Den Auftrag hierzu hatte – nach einem entsprechenden Beschluss des Betriebsrats – der Betriebsratsvorsitzende erteilt. Für die Beratung rechnete das Beratungsunternehmen gegenüber dem Betriebsrat schließlich insgesamt 86.763 Euro ab. Der Arbeitgeber, an den der Betriebsrat die Rechnung weitergereicht hatte, verweigerte indes die Bezahlung, u.a. da ein Teil der Beratung nicht erforderlich gewesen sei. Daraufhin verklagte die Beratungsgesellschaft sowohl den Betriebsrat als auch dessen Vorsitzenden sowie stellvertretende Vorsitzende auf Zahlung des Beratungshonorars.

## Die Entscheidung

Der BGH bejahte einen eigenen Zahlungsanspruch des Beratungsunternehmens gegen den Betriebsrat, da dieser im Rahmen seines gesetzlichen Wirkungskreises durchaus eigene Verträge schließen könne. Der Betriebsrat sei insoweit also „teilrechtsfähig“. Diese bislang umstrittene Teilrechtsfähigkeit wird vom BGH damit begründet, dass der Betriebsrat anerkanntermaßen einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber gem. § 40 Abs. 1 BetrVG hat, soweit es beispielsweise Beraterkosten betrifft. Das setze aber voraus, dass der Betriebsrat zuvor eine vertragliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten eingegangen ist, so der BGH.

Das Gericht nimmt zugleich aber eine entscheidende Einschränkung vor: Ein vom Betriebsrat abgeschlossener Vertrag ist nur insoweit wirksam, als er den „gesetzlichen Wirkungskreis“ des Betriebsrates einhält. In diesem Wirkungskreis hatte der Betriebsrat im vorliegenden Fall zwar grundsätzlich gehandelt, da er sich in Bezug auf eine Betriebsänderung und einen hierzu

abzuschließenden Interessenausgleich hatte beraten lassen (§ 111 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Der Rahmen des Wirkungskreises ist nach dem BGH aber dann überschritten, wenn die vereinbarte Beratung zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats nicht erforderlich oder das vereinbarte Honorar nicht marktüblich ist. Nur soweit der Beratungsvertrag diesen Rahmen nicht überschreitet, hat der Betriebsrat einen Kostenerstattungs- und Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber, so dass auch nur insoweit ein wirksamer Vertrag mit dem Betriebsrat zustande kommen kann.

Wenn ein Teil der Beratungsleistung nicht erforderlich oder ihre Vergütung nicht marktüblich ist, sei der Vertrag in diesem Umfang hingegen unwirksam. Das Beratungsunternehmen kann das „überschießende“ Honorar damit weder gegenüber dem Betriebsrat noch gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Allerdings kommt laut BGH ein Schadensersatzanspruch des Beratungsunternehmens gegen den Betriebsratsvorsitzenden als denjenigen in Betracht, der den Vertrag im Namen des Betriebsrats geschlossen hat. Dieser ist nach dem BGH wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB analog) zu behandeln, da er einen Vertrag abgeschlossen hat, den er als Vertreter in diesem Umfang nicht hätte abschließen dürfen. Will der Vorsitzende (oder ggf. dessen Vertreter) dieser Haftung entkommen, muss er (!) beweisen, dass die Hinzuziehung des Beraters sowohl grundsätzlich als auch vom Umfang her zulässig war (§ 40 Abs. 1 BetrVG). Eine Haftung des Betriebsratsmitglieds sei jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn das Beratungsunternehmen wusste oder hätte wissen müssen, dass entweder der Beratungsgegenstand oder aber das Honorar nicht erforderlich i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes war.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BGH stellt eine Erleichterung für Arbeitgeber dar, die in der Vergangenheit häufig von Beratern für überzogenes Beratungshonorar in Anspruch genommen wurden. Auch wenn der Arbeitgeber die damit verbundenen Prozesse im Einzelfall gewonnen hatte, weil die Beratung vom Umfang oder der Honorarhöhe her nicht erforderlich war, hatte er doch in jedem Fall die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Der BGH hat dem nun insoweit ein Ende gesetzt, als dass Betriebsräte künftig das Risiko der nicht erforderlichen Beratung nicht mehr ohne Weiteres auf den Berater bzw. den Arbeitgeber abwälzen können.

Vor dem Hintergrund dieses Urteils ist damit zu rechnen, dass sich Betriebsräte künftig vorab erheblich genauer mit der Notwendigkeit der Beratung auseinandersetzen werden, um zu vermeiden, dass deren Vorsitzender persönlich in Haftung

genommen wird. In der Praxis ist nach unserer Einschätzung zu erwarten, dass sich Betriebsratsvorsitzende entweder im Wege einer vorherigen Absprache mit dem Arbeitgeber absichern oder aber sie sich die Erforderlichkeit durch einen Rechtsanwalt ausdrücklich bestätigen lassen werden.

Zu beachten ist, dass das Urteil nur den Anspruch des Betriebsrats auf einen Berater im Falle einer Betriebsänderung betrifft (§ 111 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Keine Auswirkungen hat das Urteil des BGH auf den allgemeinen Anspruch des Betriebsrats auf einen Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 BetrVG. Hierfür ist in jedem Fall eine vorherige Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erforderlich, so dass Streitigkeiten über die Rechnungsabgleichungen i.d.R. schon im Vorfeld vorgebeugt wird.



**Markus Weber**

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Köln  
Telefon +49 221 9937 22660  
markus.weber@luther-lawfirm.com

## Nachrichten in Kürze

### Ärztliches Attest ab dem ersten Krankheitstag

BAG vom 14. November 2012 – 5 AZR 886/11

*Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer ohne Angabe von Gründen bereits ab dem ersten Krankheitstag die Vorlage eines Attests verlangen.*

Die Regelung des § 5 Abs.1 Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit von seinem Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag zu verlangen. Da das Gesetz keine Voraussetzungen benennt, bestand unter Juristen Uneinigkeit, ob es dazu eines begründeten Anlasses bedarf und ob der Arbeitgeber billiges Ermessen ausüben muss, das gerichtlich überprüfbar wäre.

Beides hat das BAG verneint. Weder müsse der Verdacht einer vorgetäuschten Erkrankung gegeben sein, noch müsse der Arbeitgeber seine Entscheidung begründen. Vielmehr liege es im freien, ungebundenen Ermessen des Arbeitgebers, schon ab dem ersten Tag ein Attest zu verlangen. Der Arbeitgeber könne eine solche Anordnung auch auf einzelne Mitarbeiter beschränken.

Zwar kann im Arbeits- oder Tarifvertrag eine vom Gesetz abweichende Regelung vereinbart werden. Aber nur, wenn eine entsprechende Vertragsklausel die Regelung des § 5 Abs. 1 EFZG ausdrücklich ausschließt, verliere der Arbeitgeber sein Recht, ab dem ersten Krankheitstag ein Attest zu verlangen.

### Betriebsübergang trotz zwischenzeitlicher Beschäftigung in einer Transfergesellschaft

BAG vom 25. Oktober 2012 – 8 AZR 572/11

*Die Vereinbarung eines 30-minütigen Arbeitsverhältnisses bei einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft stellt eine Umgehung der Rechtsfolgen des Betriebsübergangs gem. § 613a BGB dar.*

Ein vor Betriebsübergang wirksam beendetes Arbeitsverhältnis geht nicht auf den Erwerber des Unternehmens über. Das gilt grundsätzlich auch, wenn Beschäftigungs- oder Transfergesellschaften Arbeitnehmern in der Insolvenz des Arbeitgebers befristete Arbeitsverträge anbieten. Ein späterer Erwerber wird dann nicht Rechtsnachfolger des insolventen Arbeitgebers.

Voraussetzung ist allerdings, dass dem Arbeitnehmer bei der Kündigung seines ursprünglichen Arbeitsverhältnisses nicht bereits die nahezu nahtlose Weiterbeschäftigung bei dem Erwerber in Aussicht gestellt wurde. Werden Arbeitnehmer nur zum Schein in einer Transfergesellschaft angestellt, liegt ein Betriebsübergang auf den Erwerber vor.

In dem vom BAG entschiedenen Fall legte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zusammen mit der Kündigung zum 31. Mai 2008 die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses ab dem 1. Juni 2008, 00:00 Uhr mit der im Zuge der Sanierungsmaßnahmen gegründeten Betriebs- und Qualifizierungsgesellschaft vor. Gleichzeitig erhielt der Arbeitnehmer auch mehrere Vertragsangebote des Erwerbers des insolventen Unternehmens. Alle Angebote sahen einen Beginn am 1. Juni 2008 um 00:30 Uhr vor. Im Vorfeld hatte der Erwerber vom Insolvenzverwalter bereits alle Betriebsmittel gekauft.

Das BAG hat entschieden, dass diese Konstellation eine unzulässige Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB darstellt. Die nur sehr kurze Unterbrechung und das gleichzeitige Angebot, bei dem Erwerber weiterzuarbeiten, musste nach Ansicht des BAG für den Arbeitnehmer von vornherein als umgehende Neueinstellung bei dem Erwerber anzusehen sein. Der Erwerber tritt daher in das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit dem alten Arbeitgeber ein. Konsequenz: Der Arbeitnehmer kann auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter den Bedingungen des alten Vertrags bestehen und die Betriebszugehörigkeit beginnt bereits mit dem alten Arbeitsverhältnis, wodurch sich beispielsweise die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechend verlängert.

## Stellenbewerbung: Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren unzulässig

**BAG vom 15. November 2012 – 6 AZR 339/11**

*Arbeitgeber dürfen Stellenbewerber nicht pauschal nach eingestellten Ermittlungsverfahren fragen.*

Macht ein zukünftiger Arbeitnehmer auf eine unspezifisch formulierte Frage zu eingestellten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wahrheitswidrige Angaben, kann der Arbeitgeber eine spätere Kündigung nicht mit dieser fehlerhaften Angabe begründen, auch wenn sich herausstellt, dass es in Wahrheit Ermittlungsverfahren gegeben hatte.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt unterzeichnete der Bewerber für eine Stelle als Lehrer wahrheitswidrig einen Vordruck, mit dem er versicherte, dass gegen ihn weder jetzt noch

innerhalb der letzten drei Jahre ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft anhängig gewesen sei.

Eine solche generelle, unspezifische Frage nach Ermittlungsverfahren stellt nach Ansicht des BAG eine Erhebung von Daten dar, die nach den einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen nur zulässig ist, wenn sie durch eine Rechtsvorschrift erlaubt ist oder der Betroffene einwilligt. Eine Einwilligung lag nicht vor. Dem BAG zufolge war die unspezifische Frage für die Begründung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses als Lehrer nicht erforderlich und damit nicht durch den einschlägigen § 29 des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen gestattet. Aus diesen Gründen wertet das Gericht die Kündigung als Verstoß gegen das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit als unwirksam.

Entscheidend war, dass der Arbeitgeber seine Frage sehr offen formuliert hatte. Gezielte Fragen nach Ermittlungsverfahren in bestimmten Straftatbeständen, welche Auswirkungen auf das Beschäftigungsverhältnis haben, wie z.B. Sexualdelikte, sind von dieser Entscheidung nicht umfasst.

## Ein während der Freistellung verdientes Festgehalt beim Konkurrenten muss nicht herausgegeben werden

**BAG vom 17. Oktober 2012 – 10 AZR 809/11**

*Schließt ein Arbeitnehmer während seiner Freistellung nach Kündigung seines Arbeitsverhältnisses einen neuen Arbeitsvertrag mit einem Konkurrenten ab, ist er nicht verpflichtet, dem alten Arbeitgeber die Vergütung hieraus herauszugeben.*

Im laufenden Arbeitsverhältnis ist es Arbeitnehmern nach § 60 HGB untersagt, für eigene oder fremde Rechnung in Konkurrenz zum Arbeitgeber zu treten. Dies gilt auch während einer vereinbarten Freistellung nach einer Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Verstößt ein Arbeitnehmer gegen dieses Wettbewerbsverbot, muss er gem. § 61 HGB das im Zuge der Geschäfte Erlangte herausgeben.

Schließt ein Arbeitnehmer dagegen während der Freistellung nach einer Kündigung einen Arbeitsvertrag mit einem Konkurrenten, dann ist ein vereinbartes Festgehalt nicht als Geschäft i.S.d. §§ 60, 61 HGB zu sehen, entschied das BAG. Der Arbeitnehmer sei daher nicht verpflichtet, die beim Wettbewerber bezogene Vergütung herauszugeben.

Eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach den Grundsätzen des Annahmeverzuges gem. § 615 Satz 2 BGB kommt bei Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung nur in Betracht, wenn die Anrechnung ausdrücklich vereinbart wurde, weil bei einer unwiderruflichen Freistellung die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben wird und kein Annahmeverzug eintritt.

Zwar könne es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem alten Arbeitgeber Vergütungsansprüche geltend mache, obwohl er an sich wettbewerbswidrig ein neues Arbeitsverhältnis aufgenommen habe. Dies sei aber eine Ausnahme und daher vom Arbeitgeber sehr genau darzulegen.

## Tarifverträge erlauben die häufigere sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen

BAG vom 15. August 2012 – 7 AZR 184/11

*Tarifverträge können zu Lasten der Arbeitnehmer eine längere Gesamtdauer und eine größere Anzahl mehrerer nacheinander befristeter Arbeitsverträge gestatten, als die gesetzliche Regelung des § 14 TzBfG vorsieht.*

Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 2 TzBfG dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, ein Arbeitsverhältnis ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren zu befristen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer nicht bereits zuvor in diesem Unternehmen beschäftigt war. Der Arbeitsvertrag kann während dieses Zeitraums maximal drei Mal verlängert werden. Das Gesetz eröffnet allerdings die Möglichkeit, abweichende Regelungen in Tarifverträgen zu vereinbaren.

Das BAG hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass diese Abweichungen nicht nur alternativ die Dauer der Befristung oder die Anzahl der Verlängerungen betreffen können. In Tarifverträgen können auch beide Punkte zusammen abgeändert werden. Das BAG sah die in einem Tarifvertrag geregelte Befristung von bis zu 42 Monaten samt einer höchstens viermaligen Verlängerungsmöglichkeit als wirksam an.

Allerdings wies das BAG darauf hin, dass auch Tarifvertragsparteien aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht völlig grenzenlos handeln können. Welche Grenzen bei derartigen Abweichungen zu ziehen sind, wurde in dieser Entscheidung jedoch offengelassen.

## Richtige Form der Unterrichtung bei bevorstehenden Massenentlassungen

BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11

*Ein möglicher Schriftformverstoß bei der Unterrichtung des Betriebsrats über geplante Massenentlassungen kann durch eine Stellungnahme des Betriebsrats geheilt werden.*

Arbeitgeber, die mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen und innerhalb von 30 Kalendertagen eine in § 17 Abs. 1 KSchG bestimmte Anzahl von Kündigungen aussprechen wollen, müssen zuvor rechtzeitig den Betriebsrat informieren. Diese Information muss schriftlich erfolgen und zumindest die in § 17 Abs. 2 KSchG genannten Inhalte, wie die Gründe für die Entlassungen und die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, umfassen.

Bislang hat das BAG offengelassen, ob diese Mitteilung in der Form des § 126 BGB, welche auch eine eigenhändige Unterschrift des Ausstellers vorschreibt, erfolgen muss.

In dem vorliegenden Urteil geht das BAG davon aus, dass auch eine schriftliche Mitteilung, die zwar alle gesetzlich vorgeschriebenen Informationen enthält, jedoch nicht unterzeichnet ist, ausreicht, wenn der Betriebsrat eine abschließende, schriftliche Stellungnahme zu den Entlassungen abgibt. Die Stellungnahme heilt nach Ansicht des BAG einen eventuellen Schriftformverstoß, da damit dem Zweck der Unterrichtungspflicht Genüge getan sei.

## Anspruch auf Arbeitszeitverringerung auch für Teilzeitkräfte

BAG vom 13. November 2012 – 9 AZR 259/11

*Auch in Teilzeit beschäftigte Leiharbeitnehmer können gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Anspruch auf weitere Verringerung der Arbeitszeit geltend machen.*

Nach den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes kann jeder Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in einem Betrieb mit mehr als 15 Mitarbeitern länger als sechs Monate besteht, einen Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit geltend machen.

Nach Ansicht des BAG gilt dies auch in den Fällen, in denen der betreffende Arbeitnehmer bereits in Teilzeit arbeitet. Eine Ablehnung kann in jedem Fall nur auf betriebliche Gründe gestützt werden und muss alle vertraglich möglichen Einsatzbereiche mit einbeziehen.

Die Tatsache, dass sich ein Verleiher gegenüber einem Entleiher im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassungsvereinbarung dazu verpflichtet hat, ausschließlich Arbeitnehmer mit einer bestimmten Mindestarbeitszeit zu überlassen, ist für sich genommen kein ausreichender betrieblicher Ablehnungsgrund i.S.d. Teilzeit- und Befristungsgesetzes. Der Verleiher bleibt Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers und muss darlegen, warum eine Reduzierung aus betrieblichen Gründen in keinem vertraglich zulässigen Einsatzbereich möglich ist.

## Ausschluss- und Verjährungsfristen gelten auch für „Equal Pay“

BAG vom 13. März 2013 – 5 AZR 954/11, 5 AZR 146/12, 5 AZR 242/12, 5 AZR 294/12, 5 AZR 424/12

*Macht ein Leiharbeitnehmer Arbeitsentgelt für die Vergangenheit geltend, unterliegt dieser Anspruch sowohl der gesetzlichen Verjährung als auch wirksam vereinbarten Ausschlussfristen.*

Verleihunternehmen sind nach dem AÜG verpflichtet, Leiharbeitnehmern das gleiche Entgelt zu zahlen, das der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt („Equal Pay“). Das BAG hat im Jahr 2010 festgestellt, dass die Gewerkschaft CGZP nicht tariffähig ist und damit die mit ihr abgeschlossenen Tarifverträge, die ein zum Nachteil der Leiharbeitnehmer vom Equal-Pay-Grundsatz abweichendes Arbeitsentgelt vorsahen, unwirksam sind. In der Folge haben bundesweit Leiharbeitnehmer auf Nachzahlung der Differenz zwischen der von ihren Arbeitgebern gewährten Vergütung und der eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers geklagt.

Das BAG hat fünf Verfahren entschieden und dabei folgende Grundsätze aufgestellt:

Der gesetzliche Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt wird nach dem AÜG zu dem arbeitsvertraglich für die Vergütung vereinbarten Zeitpunkt fällig. Er unterliegt wirksam vereinbarten Ausschlussfristen. Zur Verhinderung des Verfalls genügt eine Geltendmachung des gesetzlichen Anspruchs dem Grunde nach.

Der gesetzliche Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach dem AÜG unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Leiharbeitnehmer Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen hat. Auf seine rechtliche Beurteilung der Tariffähigkeit der CGZP kommt es nicht an.

## Leiharbeitnehmer zählen im Entleiherbetrieb

BAG vom 13. März 2013 – 7 ABR 69/11

*In der Regel beschäftigte Leiharbeitnehmer zählen bei den Schwellenwerten des § 9 BetrVG zur Berechnung der Größe des Betriebsrats im Entleiherbetrieb mit.*

Nach § 9 Satz 1 BetrVG richtet sich die Zahl der Mitglieder eines Betriebsrats nach der Anzahl der im Betrieb i.d.R. beschäftigten Arbeitnehmer. Zusätzlich kommt es bei Betrieben mit i.d.R. 5 bis 100 beschäftigten Arbeitnehmern auf deren Wahlberechtigung an. In Betrieben mit i.d.R. 701 bis 1.000 Arbeitnehmern besteht der Betriebsrat aus 13 Mitgliedern, in Betrieben mit i.d.R. 1.001 bis 1.500 Arbeitnehmern aus 15 Mitgliedern.

In dem Betrieb waren zum Zeitpunkt der Wahl neben 879 Stammarbeitnehmern regelmäßig 292 Leiharbeitnehmer beschäftigt. Der Wahlvorstand hatte die Leiharbeitnehmer bei der Wahl nicht berücksichtigt und entsprechend einen 13-köpfigen Betriebsrat wählen lassen. Die Anfechtung der Betriebsratswahl war erfolgreich. Unter Einbeziehung der regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer wäre ein 15-köpfiger Betriebsrat zu wählen gewesen. Das BAG entschied unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung, dass die i.d.R. beschäftigten Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des § 9 BetrVG im Entleiherbetrieb mitzählen. Bei einer Betriebsgröße von mehr als 100 Arbeitnehmern kam es vorliegend auch nicht auf die Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer an.



## Veranstaltungen: Arbeitsrecht

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
12.06.2013	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht Vortrag <i>(Dr. Volker Schneider)</i>	DGFP, Hamburg
24.06.2013	Crashkurs Betriebsverfassungsrecht für Führungskräfte Vortrag <i>(Hans-Christian Ackermann)</i>	DGFP, Düsseldorf
17.10.2013/ 18.10.2013	Professionalisierungsprogramm: Personalleiter – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft Vortrag <i>(Christian Dworschak)</i>	DGFP, München

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

#### 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](mailto: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](mailto:sandra.sfinis@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](mailto:contact@vischer-bernet.de)

*Druck:* Zarbock GmbH & Co. KG

Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 69 420903 0

Telefax +49 69 420903 50, [team@zarbock.de](mailto:team@zarbock.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 keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto: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](http://www.luther-lawfirm.com)

**Auf den Punkt. Luther.**

