

Luther.

Arbeitsrecht

Newsletter 2. Ausgabe 2012

Spielt das Alter eine Rolle?
Überblick über die Rechtsprechung
zur Altersdiskriminierung

Seite 3

Änderungen im Urlaubsrecht 2011/2012
Urlaubsabgeltungsanspruch verfällt nicht
mehr zum Jahresende

Seite 6

Neues zum Widerruf der privaten Nutzung
eines Dienstwagens

Seite 8

Pauschalvergütung von Überstunden zulässig

Seite 10

Betriebsbedingte Kündigung und Leiharbeit

Seite 11

Betriebsübergang trotz Widerspruch?

Seite 12

Rechtswidriger Warnstreik führt zu
Schadensersatz

Seite 14

Frage nach Schwerbehinderung
im Arbeitsverhältnis zulässig

Seite 14

Zeitarbeitsgewerkschaft CGZP nicht tariffähig

Seite 14

Wiedereinstellungsanspruch wegen
Betriebsübergangs

Seite 15

Kein Weihnachtsgeld nach Kündigung

Seite 15

Kündigung aufgrund geheimer
Videoaufzeichnungen möglich

Seite 15

Keine Verlängerung der Pflegezeit

Seite 15

Spielt das Alter eine Rolle? Überblick über die Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung

Altersstaffelung bei Einstellung, Kündigung, Sozialauswahl und Urlaub. Wo darf das Alter berücksichtigt werden und wo nicht?

Im August 2006 trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Der darin geregelte Schutz vor Benachteiligungen wegen des Alters gilt nicht nur für ältere Arbeitnehmer. Untersagt werden alle Diskriminierungen, die an das Lebensalter der Beschäftigten anknüpfen, so dass auch die Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer in den Fokus rückt.

Das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters ergibt sich aus § 7 Abs. 1 AGG. Ein Unternehmen, das Beschäftigte wegen ihres Alters diskriminiert, setzt sich erheblichen finanziellen Gefahren aus. Betroffene Arbeitnehmer können Ersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG geltend machen. Hinzu kommt die Möglichkeit eines Reputationsschadens für das Unternehmen. Aber nicht jede Ungleichbehandlung wegen des Alters ist untersagt. § 10 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Lebensalters, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.

Altersanforderungen im Bewerbungsverfahren

Schutz vor Diskriminierung genießen nicht nur Beschäftigte, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, sondern bereits Bewerber für einen Arbeitsplatz. Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das aus § 7 Abs. 1 AGG resultierende Benachteiligungsverbot ausgeschrieben werden. Die Anforderung eines bestimmten Lebensalters in Stellenanzeigen birgt demnach Gefahren: Die Suche nach einem „jungen“ Bewerber bedeutet grundsätzlich eine Vermutung für eine Diskriminierung wegen des Alters, wenn statt des abgelehnten Bewerbers eine deutlich jüngere Person eingestellt wird. Unerheblich ist es dabei, dass der Begriff des „jungen“ Bewerbers nicht konkret zu definieren ist (BAG vom 19. August 2010 – 8 AZR 530/09). Selbst die Darstellung der Altersstruktur im Unternehmen kann ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters sein. Heißt es in der Stellenausschreibung beispielsweise „Wir bieten Ihnen ein junges Team“, so kann das einen Entschädigungsanspruch des Bewerbers auslösen. Nach Ansicht des LAG Hamburg wird dem Bewerber damit suggeriert, dass er eher in das Team passe, wenn er selbst jung ist (LAG Hamburg vom 23. Juni 2010 – 5 Sa 14/10). Ebenso kann die Suche nach Berufsanfängern Zündstoff bieten: Wird in einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung der Bewerberkreis auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr beschränkt, so kann eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters vorliegen (BAG vom 18. August 2009 – 1 ABR 47/08). Inhalte in Stellenausschreibungen, die direkt oder indirekt Bezug auf ein bestimmtes Lebensalter nehmen, sollten daher vorzugsweise vermieden werden. In Einzelfällen können sie aufgenommen werden, wenn eine sachliche Rechtfertigung für die Anforderung eines bestimmten Alters vorliegt.

Altersgrenzen

Altersgrenzen haben die Justiz schon vor Inkrafttreten des AGG beschäftigt. In der unter dem Namen des Arbeitnehmers bekannten „Mangold“-Entscheidung hatte der Europäische Gerichtshof über einen Passus in § 14 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) zu entscheiden. Nach der (früheren) gesetzlichen Regelung bedurfte die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines Beschäftigten, der das 52. Lebensjahr überschritten hatte, keines sachlichen Grundes. Der EuGH hielt diese Vorschrift für zu pauschal und mit dem europäischen Recht nicht vereinbar (EuGH vom 22. November 2005 – C 144/04), so dass der deutsche Gesetzgeber die Norm an die Vorgaben des EuGH anpassen musste.

Vertraglich vereinbarte Altersgrenzenregelungen

Altersgrenzenregelungen finden sich überwiegend in Tarif- und Arbeitsverträgen. Sie knüpfen i.d.R. an eine starre, fest bezeichnete Altersgrenze an. Dabei handelt es sich in den allermeisten Fällen um Klauseln, die den Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis festlegen. Daneben gibt es aber auch Vorgaben, in denen ein bestimmtes Höchstalter Einstellungskriterium ist. Das BAG sah in diesem Zusammenhang eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 32 Jahren und 364 Tagen für die Einstellung von in anderen Luftfahrtunternehmen ausgebildeten Piloten als unzulässig an (BAG vom 8. Dezember 2010 – 7 ABR 98/09). Das ist nachvollziehbar, denn es handelte sich bei den Bewerbern bereits um ausgebildete Piloten, so dass nicht ersichtlich war, warum ein Einsatz bei einer anderen Fluggesellschaft nicht mehr möglich sein soll, nur weil der Pilot ein bestimmtes Alter erreicht hatte. Die pauschal gehaltene Begründung des Arbeitgebers, der Pilot müsse sich an die Systeme seines neuen Arbeitsplatzes eingewöhnen, reichte dem BAG als Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung nicht aus.

In einer Reihe weiterer Entscheidungen befassten sich BAG und EuGH mit dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bei Erreichen eines bestimmten Lebensalters. Tarifvertraglich war in diesen Fällen geregelt, dass Piloten mit Eintritt des 60. Lebensjahrs das Führen eines Flugzeugs verboten war. Das BAG hielt dieses Verbot für ungerechtfertigt, da internationale Flugsicherheitsvorschriften unter bestimmten Umständen auch den Einsatz älterer Piloten zulassen (zuletzt BAG vom 15. Februar 2012 – 7 AZR 946/07). Das BAG folgt damit der Rechtsprechung des EuGH, der die Ansicht vertritt, dass Altersbegrenzungen für Piloten nicht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit notwendig sind (EuGH vom 13. September 2011 – C 447/09). Unter Berücksichtigung dieser Urteile wird man starre Altersgrenzen bezüglich des Ausscheidens aus einem Arbeitsverhältnis nur ausnahmsweise als zulässig ansehen können. Überwiegend wird es an einem legitimen Ziel der Altersbeschränkung fehlen. Wenn solche Grenzen schon für sicherheitsrelevante Tätigkeiten wie die des Piloten verboten sind, muss das erst recht für solche Tätigkeiten gelten, in denen Aspekte der öffentlichen Sicherheit keine Rolle spielen.

Zulässigkeit der Regelaltersgrenze

Im Gegensatz zu der grundsätzlichen Unzulässigkeit starrer Altersgrenzen ist es weiterhin möglich, den Bestand des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen der Regelaltersgrenze zu knüpfen, also an das gesetzliche Renteneintrittsalter. § 10 Abs. 3 Nr. 5 AGG sieht das ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund

einer Benachteiligung wegen des Alters an. Der EuGH hat erst kürzlich entschieden, dass die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze keine Altersdiskriminierung darstellt, auch wenn der Arbeitnehmer nur eine geringe Rente erhalten wird (EuGH vom 5. Juli 2012 – C 141/11). Auch wenn der Arbeitnehmer wegen einer wirtschaftlichen Notlage ein berechtigtes Interesse an einer Weiterbeschäftigung hat, hat dies keinen Einfluss auf die gesetzliche Rentenaltersgrenze. Der Sinn der Regelaltersgrenze, der darin liegt, dass ältere Arbeitnehmer den nachrückenden jüngeren Arbeitnehmern Platz machen sollen, stellt nach Ansicht des Gerichts ein legitimes Ziel für die Schlechterstellung Älterer dar. Ob diese Auffassung in Zeiten des demographischen Wandels und des damit bevorstehenden Arbeitskräftemangels auch in Zukunft noch ein legitimes Ziel darstellen wird, bleibt abzuwarten.

Altersgrenzen für Führungskräfte

Führungspersonal, wie Vorstände und Geschäftsführer, unterfällt nicht dem Arbeitnehmerbegriff. Allerdings hat der BGH in Einklang mit § 6 Abs. 3 AGG, der den persönlichen Anwendungsbereich des AGG regelt, anerkannt, dass dessen Vorschriften auch auf Führungspersonal anzuwenden sind, soweit es um den Zugang zu einer Tätigkeit geht (BGH vom 23. April 2012 – II ZR 163/10). In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte beispielsweise ein Geschäftsführer gegen die Nichterneuerung seines auslaufenden befristeten Vertrags geklagt.

Altersstaffelungen bei Vergütungsansprüchen

Viele Tarifverträge sehen eine altersabhängige Staffelung bestimmter arbeitsvertraglicher Ansprüche vor. So kann es je nach Alter eines Beschäftigten Unterschiede bei Vergütungsregelungen oder z. B. bei Urlaubsansprüchen geben. Eine Entgeltregelung, die innerhalb einer Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten bei Einstellung an Lebensalterstufen knüpft, hält der EuGH für altersdiskriminierend. Daher ist beispielsweise die Bemessung der BAT-Grundvergütung auf Grundlage des Lebensalters der Beschäftigten europarechtswidrig. Es handele sich zwar um ein legitimes Ziel, wenn durch eine mit dem Lebensalter steigende Vergütung größere Berufserfahrung und Betriebstreue honoriert würden. Aber dieses Ziel müsse nicht durch eine Anknüpfung an das Lebensalter erfolgen, denn ein höheres Lebensalter bei Einstellung bedeute nicht zwingend mehr Berufserfahrung, entschied der EuGH. Als bessere Differenzierungskriterien böten sich Berufserfahrung und Dienstalter an (EuGH vom 9. September 2011 – C 297-10).

Altersstaffelung bei Urlaubsansprüchen

Ebenso hat das BAG eine altersabhängige Staffelung von Urlaubsansprüchen als unzulässige Ungleichbehandlung erachtet. Die gerichtlich überprüfte Tarifvorschrift regelte, dass der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr bis zum vollendeten 30. Lebensjahr 26 Arbeitstage, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr 29 Arbeitstage und nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage betrage. Diese Regelung benachteiligt Beschäftigte unter 40 Jahren. Sie trägt auch nicht in nachvollziehbarer Weise einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älter Mitarbeiter Rechnung, denn es lässt sich nicht begründen, weshalb 40-jährige Mitarbeiter erholungsbedürftiger sind als ihre 30-jährigen Kollegen (BAG vom 20. März 2012 – 9 AZR 529/10). Altersstaffelungen sind nach diesen Entscheidungen zwar grundsätzlich zulässig, jedoch werden viele Regelungen in Tarifverträgen den Vorgaben des AGG nicht genügen, da es ihnen vermutlich an einem legitimen Ziel fehlen wird.

Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer durch abgekürzte Kündigungsfristen

§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt, dass bei der Berechnung der Kündigungsfristen Zeiten nicht mitgezählt werden, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen. Diese Vorschrift steht noch immer im Gesetz, ist aber vom EuGH als altersdiskriminierend eingestuft worden (EuGH vom 19. Januar 2010 – C-555/07). Die Vorschrift wird von den Gerichten nicht mehr angewendet.

Sozialauswahl und Alter

Die Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG ist nicht altersdiskriminierend, da sie ein legitimes Ziel verfolgt: Ältere Arbeitnehmer haben i.d.R. schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt (BAG vom 6. November 2008 – 2 AZR 523/07). Es ist zulässig, im Rahmen der Sozialauswahl Altersgruppen zu bilden. Das führt zwar zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters. Diese Ungleichbehandlung ist aber durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt gerechtfertigt (BAG vom 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10).

Altersabhängige Sozialplanabfindungen

Abfindungsansprüche werden in Sozialplänen nach unterschiedlichen Kriterien ermittelt, die wesentlichen Punkte sind dabei allerdings die Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter. Der Gesetzgeber hat das in § 10 Abs. 3 Nr. 6 AGG berücksichtigt und erklärt Differenzierungen auf dieser Grundlage für

zulässig, soweit damit die Chancen auf dem Arbeitsmarkt oder für den Fall der Reduzierung von Sozialplanleistungen anderweitige wirtschaftliche Absicherungen berücksichtigt worden sind, so z.B. der Bezug von Rentenzahlungen. Das BAG hat es für zulässig erachtet, dass die Abfindungshöhe mit zunehmender Betriebszugehörigkeit ansteigt. Auch geringere Abfindungszahlungen für rentennahe Jahrgänge seien gerechtfertigt (BAG vom 26. Mai 2009 – 1 AZR 198//08). Es ist darüber hinaus zulässig, dass Arbeitnehmer durch einen Sozialplan zusätzlich zu der Grundabfindung mit dem Erreichen des 45. oder 50. Lebensjahres gestaffelte Alterszuschläge erhalten. Jüngere Arbeitnehmer werden hierdurch nicht benachteiligt (BAG vom 12. April 2011 – 1 AZR 743/09). Das BAG hat auch die Altersgruppenbildung bei Sozialplanabfindungen als AGG-konform anerkannt: Wenn ein Sozialplan vorsieht, dass Arbeitnehmer erst ab dem 40. Lebensjahr die volle Abfindung erhalten, vom 30. bis zum 39. Lebensjahr dagegen nur 90% und bis zum 29. Lebensjahr nur 80%, so stellt das keine unzulässige Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen ihres Lebensalters dar (BAG vom 12. April 2011 – 1 AZR 764/09). In Kürze steht eine Entscheidung des EuGH zu § 10 Abs. 3 Nr. 6 AGG an (C-152/11 – anhängig). Das ArbG München (vom 17.02.2011 – 22 Ca 8260/10) hat die Frage gestellt, ob eine Verringerung der bzw. ein Wechsel in der Berechnungsformel für die Abfindung für rentennahe Arbeitnehmer mit dem Verbot der Alters- und Behindertendiskriminierung vereinbar sei.

Fazit

Die Entscheidungen der letzten Jahre auf höchstrichterlicher deutscher und europäischer Ebene bieten Unternehmen und Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, auf einer verlässlichen Basis AGG-konforme (Tarif-)Verträge zu schließen. Gleichzeitig sind die Vertragsparteien gehalten, die Vorgaben der Gerichte einzuhalten. Das Verfassen von diskriminierungsfreien Stellenausschreibungen sollte den Personalabteilungen mittlerweile in Fleisch und Blut übergegangen sein. Anders sieht es im Bereich der Altersgrenzen aus: Die Tarifvertragsparteien sollten prüfen, ob starre Regelungen noch den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechen oder ob Änderungsbedarf besteht. Bei Kündigung und Stellenabbau sollten Unternehmen und betriebliche Interessenvertretungen Sozialpläne im Sinne der Rechtsprechung entwickeln. Insgesamt haben die Gerichte in den letzten Jahren gute Arbeit geleistet und Unklarheiten in vielen Rechtsfragen der Benachteiligung wegen des Alters beseitigt. Abzuwarten bleibt, ob die demographiebedingte Veränderung in der Gesellschaft mittelfristig zu einer Neuausrichtung der Rechtsprechung führt. Vor allem die Regelaltersgrenze könnte unter diesem Gesichtspunkt kippen, wenn Arbeitgeber vor dem Hintergrund des wachsenden Arbeitskräftemangels auf qualifiziertes älteres Personal

zugreifen wollen und Arbeitnehmer wegen sinkender Rentenerwartungen über die Regelaltersgrenze hinaus arbeiten möchten.

Entsprechen Ihre Arbeitsverträge den Grundsätzen der Rechtsprechung?



Paul Schreiner, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Essen

Telefon: +49 201 9220 11691

paul.schreiner@luther-lawfirm.com

Änderungen im Urlaubsrecht 2011/2012 Urlaubsabgeltungs- anspruch verfällt nicht mehr zum Jahresende

Das BAG setzt seine Rechtsprechung zu
Urlaubsabgeltungsansprüchen konsequent fort
(9 AZR 652/10; 9 AZR 399/10; 9 AZR 353/10).

Fortsetzung des Beitrags zur Entwicklung
des Urlaubsrechts im Newsletter Employment,
1. Quartal 2012, Seite 2

In der „Schultz-Hoff“-Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass Urlaubsansprüche bei Krankheit nicht verfallen (EuGH vom 20. Januar 2009 – C-350/06). In der „KHS/Schulte“-Entscheidung entwickelte das Gericht die Rechtsprechung weiter und hat einen auf 15 Monate beschränkten Übertragungszeitraum als zulässig angesehen (EuGH vom 22. November 2011 – C-214/10). Diese Entscheidungen haben wir bereits in unserem letzten Newsletter vorgestellt.

In Anbetracht dieser Vorgaben aus Luxemburg gab das BAG vor wenigen Monaten die bisherige Annahme auf, wonach der Urlaubsabgeltungsanspruch das Schicksal des Urlaubsanspruchs teilt (sog. „Surrogattheorie“). Dieser Wegfall des dogmatischen Unterbaus führt zu handfesten praktischen Konsequenzen, nicht nur für den

Urlaubsanspruch selbst, sondern auch für die bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen entstehenden Ansprüche auf Abgeltung nicht gewährten Urlaubs.

Begrenzung des „Ansammelns“ von Urlaubsansprüchen

Mit Erleichterung hat ein Großteil der Anwaltschaft die Entscheidung des BAG vom 7. August 2012 – 9 AZR 353/10 zum Verfall von Urlaubsansprüchen bei Langzeitkranken aufgenommen. Danach ist § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG, der eine dreimonatige Übertragungsfrist für den im Kalenderjahr nicht genommenen Urlaub festlegt, aufgrund europarechtlicher Vorgaben so auszulegen, dass stattdessen eine Übertragungsfrist von 15 Monaten gilt. Damit wurde der Verfall der Urlaubsansprüche klar begrenzt und Arbeitgeber müssen nicht länger mit einer jahrelangen Aufsummierung der Urlaubsansprüche von Langzeitkranken rechnen.

Es war nicht von vorneherein klar, dass die Richter in Erfurt diesen Standpunkt einnehmen würden. Mit der Uminterpretation des Bundesurlaubsgesetzes (Übertragungsfrist von drei auf 15 Monate verlängert) wird das BAG, so die Kritik, gewissermaßen zum Ersatzgesetzgeber. Aufgrund der „legislativen Untätigkeit“ hat es das oberste deutsche Arbeitsgericht jedoch als wichtiger angesehen, dem Europarecht entsprechend zu urteilen und dadurch Rechtsklarheit zu schaffen. Die „Spielregeln“ sind jetzt also klar: Offene Urlaubsansprüche verfallen zum 31. März des übernächsten Jahres. Langzeiterkrankte Arbeitnehmer können danach höchstens Urlaubsansprüche für eine Zeitspanne von zwei Jahren und zwei Monaten ansammeln. Diese Frist gilt in dem für den Arbeitgeber ungünstigsten Fall, in dem zum 28./29. Februar gekündigt wird. Arbeitgeber, denen es nicht auf den genauen Beendigungszeitpunkt ankommt, werden die Arbeitsverhältnisse Langzeiterkrankter künftig wohl vermehrt zum 31. März kündigen, da in diesem Fall Urlaubsansprüche für eine Zeit von höchstens 15 Monaten abgegolten werden müssen. Der Urlaub aus dem Vorvorjahr und weiter zurückliegenden Jahren ist in Anwendung der zitierten BAG-Rechtsprechung verfallen. Einen „Wermutstropfen“ für Arbeitgeber enthält die Entscheidung aber auch: Der Bezug einer Rente wegen Erwerbsminderung, gleich ob befristet oder unbefristet, ändert nichts daran, dass auch für diese Zeiträume im weiter fortbestehenden Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche entstehen. Das gilt selbst für den Fall, dass ein Tarifvertrag für Zeiten des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente ausdrücklich das Ruhen des Arbeitsverhältnisses anordnet. Auch die für diese Zeiten ent-

stehenden Ansprüche unterliegen aber selbstverständlich der 15-monatigen Verfallfrist.

Urlaubsabgeltungsansprüche sind jetzt gewöhnliche Geldansprüche

Der bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehende Anspruch auf Abgeltung des noch nicht gewährten Urlaubs unterlag bislang einem recht komplexen Reglement, das unter dem Schlagwort „Surrogatstheorie“ geführt wurde. Dieser Ansatz besagte vereinfacht ausgedrückt: Weil der Abgeltungsanspruch nur ein Ersatz für den Urlaubsanspruch ist, muss er auch wie dieser behandelt werden. Blieb der im Laufe des Jahres ausgeschiedene arbeitsunfähige Arbeitnehmer danach bis zum Ende des Übertragungszeitraums weiter krank, konnte auch sein Urlaubsabgeltungsanspruch nach den Regeln des Bundesurlaubsgesetzes verfallen. Auch dies gilt seit „Schulzhoff“ nicht mehr: Der Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auf die Entwicklung des Gesundheitszustandes im dahinter liegenden Zeitraum kommt es nicht mehr an. Aber auch für arbeitsfähige Arbeitnehmer, die aus betrieblichen Gründen nicht ihren gesamten Urlaub nehmen konnten, ergeben sich erhebliche Änderungen. Auch hier gilt, wie es das BAG formuliert, „das Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes nicht mehr“. Auf die Frage, ob der im Laufe eines Jahres ausscheidende Arbeitnehmer seinen Urlaubsabgeltungsanspruch bis zum Ende des Jahres geltend gemacht hat, kommt es in dieser Form nicht mehr an. Ein Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG kann also nicht mehr eintreten (BAG vom 19. Juni 2012 – 9 AZR 652/10).

Urlaubsabgeltungsansprüche unterliegen Ausschlussfristen

Stattdessen gelten nun für Urlaubsansprüche – wie für andere auf Zahlung gerichtete Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis auch – Ausschlussfristen. Diese bereits mit Urteil vom 9. August 2011 – 9 AZR 352/10 begonnene Rechtsprechung hat das BAG noch einmal bestätigt (Urteil vom 13. Dezember 2011 – 9 AZR 399/10). Die Ausschlussfrist findet bei entsprechender Formulierung umfassend auf Urlaubsabgeltungsansprüche aller Art Anwendung, d. h., neben dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch verfällt auch der vertragliche Mehrurlaub und der einwöchige Zusatzurlaubs(abgeltungs)anspruch schwerbehinderter Menschen. Beide Entscheidungen beziehen sich auf tarifliche Ausschlussfristen. Es ist aber nicht zu sehen, weshalb diese Rechtsprechung nicht auch auf einzelarbeitsvertragliche Ausschlussfristen zu erstrecken sein sollte. Fehlt eine tarifliche oder

arbeitsvertragliche Ausschlussfrist, bleibt es bei der gesetzlichen Verjährung von drei Jahren, die mit dem Schluss des Kalenderjahres beginnt, in dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte.

Ausblick und Fazit

Die Konsequenzen der Luxemburger Entscheidungen für das deutsche Arbeitsrecht sind damit bereits in weiten Teilen geklärt. Es bleiben aber einige „offene Baustellen“. Beim EuGH sind derzeit einige Vorlagen anhängig, die Bedeutung für das deutsche Urlaubsrecht haben. So befindet sich der für allgemeinverbindlich erklärte Rahmentarifvertrag des Baugewerbes (BRTV-Bau), der aufgrund der Ermächtigung in § 13 Abs. 1, 2 BUrlG Urlaubsansprüche erheblich abweichend vom Gesetz regelt und langzeiterkrankte Arbeitnehmer zum Teil deutlich schlechter als die gesetzliche Regelung stellt, aufgrund zweier Vorlagen auf dem Prüfstand (LAG Berlin-Brandenburg vom 16. Juni 2011 – 2 Sa 3/11 und ArbG Nienburg vom 15. Juni 2012 – 2 Ca 472/11). Das ArbG Passau (Beschlüsse vom 13. April 2011 – 1 Ca 62/11 und 1 Ca 63/11) hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es unionsrechtskonform ist, dass ein Kurzarbeiter während dieser Zeit geringere Urlaubsansprüche – bzw. bei Kurzarbeit null überhaupt keinen Urlaubsanspruch – erwirbt. Die unionsrechtliche Vereinbarkeit der bisherigen BAG-Rechtsprechung zur Behandlung der Alturlaubsansprüche von Arbeitnehmern, die unter Reduzierung ihrer Wochenarbeitsstage von Voll- in Teilzeit wechseln, ist Gegenstand einer weiteren Vorlage des ArbG Nienburg (Beschluss vom 4. September 2012 – 2 Ca 257/12 Ö).

In Konsequenz der BAG-Entscheidungen kommt der Vereinbarung rechtssicher gefasster Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag eine noch größere Bedeutung zu als dies bisher schon der Fall war. Auf ihre präzise Formulierung sollte daher besonderer Wert gelegt werden.



Dr. Julia Burkard-Pötter

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin
Telefon +49 30 52133 21142
julia.burkard@luther-lawfirm.com

Neues zum Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens

BAG vom 21. März 2012 – 5 AZR 651/10.

Die per AGB vereinbarte Rückforderung des privat genutzten Dienstwagens im Freistellungszeitraum ist grundsätzlich auch ohne Einhaltung einer Ankündigungs- oder Auslaufrist möglich. Der Ausübung des Rückforderungsrechts hat jedoch eine sorgfältige Interessenabwägung vorzugehen.

Der Fall

Das BAG hat zur Frage der entgangenen Privatnutzung eines Dienstwagens entschieden. Die Arbeitnehmerin war als Personal- und Vertriebsdisponentin zu einem Bruttomonatsentgelt von 2.300 EUR beschäftigt. Der Arbeitgeber stellte der Arbeitnehmerin einen Pkw als Dienstwagen zur Verfügung, den die Arbeitnehmerin auch für private Zwecke nutzen durfte. Ein anderes Fahrzeug besaß die Arbeitnehmerin nicht. Die private Nutzung berücksichtigte der Arbeitgeber in den Entgeltabrechnungen mit 277 EUR monatlich. Dieser Betrag entsprach 1 % des Listenpreises und 12 % des Entgelts.

Im Dienstwagenvertrag war u. a. geregelt:

§ 6 Haftung, Schadensersatz und Nutzungsentschädigung

4. Macht der Arbeitnehmer Nutzungsentschädigungsansprüche wegen rechtswidrigen Entzugs des Dienstwagens geltend, erfolgt vorrangig eine konkrete Schadensberechnung, wenn der Mitarbeiter über ein eigenes Fahrzeug verfügt. Er muss in diesem Fall die Schadensposten belegen. Im Falle einer abstrakten Schadensberechnung wird eine Nutzungsentschädigung in Höhe der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzung geleistet.

§ 7 Widerrufsvorbehalte

Der Arbeitgeber behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens zu widerrufen, wenn und solange der Pkw für dienstliche Zwecke seitens des Arbeitnehmers nicht benötigt wird. Dies ist

insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird. Im Falle der Ausübung des Widerrufs durch den Arbeitgeber ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, eine Nutzungsent-schädigung oder Schadensersatz zu verlangen.

Als die Arbeitnehmerin kündigte, stellte der Arbeitgeber sie in zulässiger Weise unter Weiterzahlung der Bezüge von der Arbeit frei und forderte die Rückgabe des Dienstwagens. Diese erfolgte am 9. Juni 2009. Die Arbeitnehmerin erhob hierauf Zahlungsklage wegen Nutzungsausfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30. Juni 2009.

Die Entscheidung

Die Widerrufsklausel ist rechtmäßig, da die Gründe für einen möglichen Widerruf angegeben sind und die zu widerrufende Leistung nicht mehr als 25 % des regelmäßigen Verdienstes beträgt. Eine Ankündigungs- bzw. Auslaufrfrist für den Widerruf muss die Klausel dem BAG zufolge nicht enthalten.

Dennoch steht nach Ansicht des BAG der Arbeitnehmerin der geltend gemachte Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung als Schadensersatz für die Zeit vom 9. Juni 2009 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu, da der Arbeitgeber nicht berechtigt war, der Arbeitnehmerin während der Dauer ihrer Freistellung die Möglichkeit zu entziehen, das ihr zur Verfügung gestellte Firmenfahrzeug für Privatfahrten zu nutzen.

Der Arbeitgeber hat den Widerruf dem BAG zufolge nämlich nicht nach billigem Ermessen ausgeübt und damit eine gegenüber der Arbeitnehmerin bestehende Vertragspflicht verletzt. Im Rahmen der Gesamtbewertung der beiderseitigen Interessen überwiegt in dem hier zugrundeliegenden Sachverhalt das Interesse der Arbeitnehmerin, das Fahrzeug bis zum Ende des Monats Juni 2009 nutzen zu dürfen. Für die Weiternutzung spricht, dass es sich bei dem Dienstwagen um ihren einzigen Pkw handelte. Der Arbeitgeber hat demgegenüber lediglich vorgebracht, nur den Außendienstmitarbeitern einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen, und zwar vorrangig zum Besuch bei Kundenunternehmen. Laut BAG fehlt eine darüber hinausgehende Begründung, warum der Arbeitgeber das Fahrzeug unmittelbar nach der Eigenkündigung der Arbeitnehmerin benötigt hat.

Außerdem ist die steuerrechtliche Lage zu berücksichtigen: Die Arbeitnehmerin ist verpflichtet, die private, mit 277 EUR bewertete Nutzung für den gesamten Monat Juni 2009 zu versteuern, obwohl sie 22 Tage lang nicht mehr über den Wagen verfügen konnte. Damit führt der Entzug des Pkw nicht nur zu einem Nutzungsausfall, sondern darüber hinaus zu einer spürbaren Minderung des Nettoeinkommens der Arbeitnehmerin. Im

Ergebnis hatte ihre Eigenkündigung die Kürzung der laufenden Bezüge zur Folge. Das Interesse der Arbeitnehmerin, den von ihr versteuerten Vorteil auch real nutzen zu können, überwiegt dem BAG zufolge das abstrakte Interesse des Arbeitgebers am sofortigen Entzug des Dienstwagens.

Unser Kommentar

Das BAG bestätigt ausdrücklich die Wirksamkeit einer möglichen Widerrufsklausel bezüglich eines zur Verfügung gestellten Dienstwagens. Für Arbeitgeber ergibt sich für die arbeitsvertragliche Gestaltung damit zukünftig mehr Klarheit hinsichtlich der Formulierung von Widerrufsvorbehalten beim Entzug des Dienstwagens. Andererseits stellt das BAG für die praktische Umsetzung des Widerrufs sehr hohe Hürden auf. Arbeitgeber müssen künftig bei einem Widerruf der Dienstwagennutzung sorgfältig die eigenen Interessen und diejenigen des Arbeitnehmers abwägen. Dabei ist zu beachten, dass ein Widerruf innerhalb eines laufenden Kalendermonats im Hinblick auf die steuerliche Situation grundsätzlich unzulässig sein dürfte. Ferner muss der Arbeitgeber gewichtige Gründe anführen können, warum er zum Zeitpunkt des Widerrufs auf das Fahrzeug angewiesen ist. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber das Fahrzeug sofort für eine Ersatzkraft benötigt.



Dr. Cristina Baier

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Stuttgart

Telefon: +49 711 9338 12894

cristina.baier@luther-lawfirm.com

Pauschalvergütung von Überstunden zulässig

BAG vom 16. Mai 2012 – 5 AZR 331/11

Eine Klausel, nach der im vereinbarten Monatsentgelt die ersten zwanzig Überstunden pauschal mit abgegolten sind, ist wirksam.

Der Fall

Arbeitnehmer und Arbeitgeber streiten über die Vergütung von Überstunden. Der Arbeitgeber betreibt ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie und ist nicht tarifgebunden. Der Arbeitnehmer erhielt zuletzt bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden ein Grundgehalt von 2.184,84 EUR brutto monatlich. Darüber hinaus leistete er regelmäßig Überstunden, vor allem deshalb, weil er auch in der Mittagszeit im Büro anwesend war, um Kundenanrufe entgegenzunehmen. Der Arbeitgeber zahlte Überstundenvergütung erst ab der 21. Überstunde im Monat, dann jedoch mit einem Zuschlag von 25%. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag gab es nicht. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Arbeitnehmer rückwirkend eine Vergütung auch für die ersten zwanzig Überstunden im Monat.

Die Entscheidung

Das BAG hat seine Klage abgewiesen. Es vertritt die Ansicht, dass die ersten zwanzig Überstunden bereits mit der vereinbarten Vergütung abgegolten sind. Die Pauschalabrede zur Vergütung von Überstunden sei wirksamer Bestandteil des mündlichen Arbeitsvertrags geworden. Bei der mündlichen Verabredung handele es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung, da im Angestelltenbereich des Arbeitgebers stets nur mündliche Arbeitsverträge geschlossen werden, bei denen beim monatlichen Gehalt die ersten zwanzig Überstunden immer „mit drin“ sind.

Die Klausel hält nach der Entscheidung des BAG auch den Vorgaben für allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) stand, denn sie ist für den Arbeitnehmer weder überraschend noch intransparent. Die Überstundenabrede ist nicht überraschend, da es im Arbeitsleben weit verbreitet ist, dass Arbeitgeber Über-

stunden pauschal abgelten.

Die Abrede ist für den Arbeitnehmer auch ausreichend transparent. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Nach diesen Grundsätzen ist die Klausel, wonach in der vereinbarten Vergütung die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“ sind (so die mündliche Vereinbarung), klar und verständlich. Ob überhaupt Überstunden angeordnet werden dürften, ist nach Ansicht des BAG für die Frage ihrer Vergütung unerheblich. Einer weitergehenden Inhaltskontrolle unterliegt die Klausel nicht, da sie als Hauptleistungsabrede der Inhaltskontrolle entzogen ist. Dies gilt zumindest dann, wenn – wie hier – die Abgeltungsklausel nicht zugleich eine Anordnungsbefugnis zur Ableistung von Überstunden enthält.

Unser Kommentar

Betreffend die Transparenz von Vergütungsabreden bekräftigt das BAG den Grundsatz, dass der Arbeitnehmer bei der arbeitsvertraglichen Gestaltung wissen muss, „was auf ihn zukommt“. Pauschale Klauseln, nach denen jegliche Überstunden mit dem regulären Entgelt abgegolten sind, bleiben demnach unwirksam. Die Fülle der Entscheidungen des BAG zu diesen und anderen Flexibilisierungsinstrumenten macht deutlich, dass Arbeitgeber die Vergütungsklauseln gar nicht sorgfältig genug prüfen und aktuell halten können. Auch wenn das BAG in dieser Entscheidung keine allzu hohen Anforderungen an die Formulierung einer hinreichend konkreten Abgeltungsklauseln stellt, sollten Arbeitgeber darauf achten, Überstundenregelungen transparent und für Arbeitnehmer nachvollziehbar zu gestalten. Außerdem sei Arbeitgebern zu Beweis Zwecken geraten, arbeitsvertragliche Abreden in jedem Fall schriftlich zu fixieren. Denn nicht immer lässt sich der Inhalt einer mündlichen Abrede zweifelsfrei nachweisen wie in dem entschiedenen Fall.



Dr. Roland Klein

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorf

Telefon: +49 211 5660 26876

roland.klein@luther-lawfirm.com

Betriebsbedingte Kündigung und Leiharbeit

BAG vom 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10

Wann sind mit Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze „freie“ Arbeitsplätze i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG?

Der Fall

Bei der Beklagten war ein Personalabbau durchzuführen. Es wurde dazu ein Interessenausgleich mit Namensliste i.S.d. § 1 Abs. 5 KSchG vereinbart. Auf der Namensliste war die Klägerin verzeichnet. Sie rügte (u.a.), dass freie Arbeitsplätze vorhanden gewesen seien, die ihr vorrangig hätten angeboten werden müssen. Als frei sah sie dabei vor allem Arbeitsplätze an, die mit Leiharbeitnehmern besetzt waren.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschied im Rahmen der Entscheidung für eine Vielzahl von Fallvarianten, wann mit Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze als „freie“ Arbeitsplätze anzusehen sind, die der sog. Stammebelegschaft vorrangig anzubieten sind, bevor ein Mitarbeiter der Stammebelegschaft gekündigt werden darf.

1. Austausch Kündigung

Zunächst betonte das BAG unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 26. September 1996 – 2 AZR 200/96), dass im Rahmen sog. Austausch Kündigungen die Kündigung des Mitarbeiters der Stammebelegschaft unzulässig ist. Eine solche Austausch Kündigung liegt vor, wenn der vormalig durch den Mitarbeiter der Stammebelegschaft besetzte Arbeitsplatz durch einen Leiharbeitnehmer besetzt wird. In diesem Fall fehlt es aber bereits an einem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses und damit an einem betriebsbedingten Kündigungsgrund. Die Frage des Bestehens einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit („freier Arbeitsplatz“) stellt sich hier erst gar nicht.

2. Abdeckung von Auftragsspitzen

Weiter führte das BAG aus, dass es bei einem Einsatz eines Leiharbeitnehmers „zur Abdeckung von [bloßen] Auftragspitzen“, an einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit i.S.d.

§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG fehle. Die von diesen Leiharbeitnehmern (vorübergehend) „besetzten“ Arbeitsplätze müssen dem Mitarbeiter der Stammebelegschaft also nicht angeboten werden.

3. Personalreserve zur Abdeckung von Vertretungsbedarf

Ebenfalls vertrat das BAG die Auffassung, dass dann, wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer „lediglich zur Abdeckung von Vertretungsbedarf als Personalreserve“ beschäftige, kein freier Arbeitsplatz vorliege. Dies gelte unabhängig von der Vorhersehbarkeit der Vertretungszeiten. Hier betonte das BAG, dass die Entscheidung des Arbeitgebers letztlich nur einer Willkür- und Missbrauchskontrolle unterliege. Es sei zu vermeiden, dass der Arbeitgeber gezwungen werde, mehr Arbeitsverhältnisse zu begründen, als er selbst für zweckmäßig halte. Deshalb handle es sich auch dann nicht um einen „freien Arbeitsplatz“, wenn der Vertretungsbedarf regelmäßig anfallt; sonst bliebe der Arbeitgeber nicht frei in seiner Entscheidung, ob er Vertretungszeiten überhaupt und – wenn ja – für welchen Zeitraum überbrücke. Entscheidendes Kriterium war auch hier, dass letztlich ein bloß vorübergehender – und nicht dauerhaft bestehender – Arbeitsbedarf durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern aufgefangen werde.

4. Abdeckung eines ständig vorhandenen Sockelarbeitsvolumens

Lediglich für den Fall, dass der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer beschäftigt, um mit ihnen ein „schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen“ abzudecken, könne von einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit auszugehen sein. Ein solcher von einem Leiharbeitnehmer besetzter Arbeitsplatz sei „frei“ und damit vorrangig den Mitarbeitern der Stammebelegschaft anzubieten. In Abgrenzung zu den beiden beschriebenen Fallgruppen des nur „vorübergehenden“ Einsatzes von Leiharbeitnehmern liegt hier tatsächlich ein „dauerhafter“ („ständig vorhandenes Sockelarbeitsvolumen“) Beschäftigungsbedarf vor. Gerade die dauerhafte Substituierung eines auf einem Arbeitsplatz beschäftigten Mitarbeiters der Stammebelegschaft durch einen Leiharbeitnehmer soll ausgeschlossen werden.

Unser Kommentar

Die Frage, wann der mit einem Leiharbeitnehmer besetzte Arbeitsplatz einem Mitarbeiter der Stammebelegschaft, der gekündigt werden soll, vorrangig anzubieten ist, ist seit langem Gegenstand juristischer Diskussion. Nun hat das BAG endlich – zumindest auf den ersten Blick – ein wenig Klarheit gebracht.

Lediglich dann, wenn es sich um ein „schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-) Arbeitsvolumen“ handelt, das von einem Leiharbeitnehmer bewältigt wird, liegt ein Arbeitsplatz vor,

der vorrangig von einem Mitarbeiter der Stammelegschaft zu besetzen ist. Entscheidend ist damit, ob ein dauerhafter Arbeitsplatz von einem Leiharbeitnehmer besetzt wird. Dies ist nach Auffassung des BAG unzulässig. In diesem Fall besteht kein Einschätzungsspielraum des Arbeitgebers. Es wäre schlicht willkürlich, wenn er den Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer und nicht mit einem Mitarbeiter der Stammelegschaft besetzen würde.

Hingegen sind nur vorübergehende Einsätze (Vertretungsbedarf, Auftragsspitzen) zulässigerweise mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. Dem Arbeitgeber steht hier die gerichtlich nur eingeschränkte Entscheidungsbefugnis zu, diesen vorübergehenden Arbeitsbedarf mit externen Leiharbeitnehmern zu besetzen. Denn er soll nicht gezwungen werden, Arbeitsplätze zu schaffen, die ohnehin dauerhaft nicht aufrechterhalten werden können.

Allerdings ist diese Grenze zwischen dauerhaftem und vorübergehendem Arbeitsbedarf fließend. Vor allem retrospektiv kann ein seit längerer Zeit mit einem Leiharbeitnehmer besetzter Arbeitsplatz schnell als „dauerhafter“ Arbeitsplatz angesehen werden und damit eine unüberwindbare Hürde für den Arbeitgeber darstellen, der einen Mitarbeiter der Stammelegschaft (betriebsbedingt) kündigen möchte. Dies gilt es zu vermeiden, indem bereits bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern dieses Risiko für mögliche etwaige spätere betriebsbedingte Kündigungen von Mitarbeitern der Stammelegschaft erkannt wird. Dieses Risiko kann sodann dadurch begrenzt werden, dass bereits bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern nachvollziehbar dokumentiert wird, dass der Einsatz – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt als Prognoseentscheidung – lediglich als vorübergehend anzusehen ist. Denn letztlich kommt es bei der Überprüfung der Entscheidung des Arbeitgebers ausschließlich auf diesen Zeitpunkt an. Dies wird häufig vernachlässigt und kann spätere Restrukturierungsmaßnahmen (unnötig) erschweren. Damit der Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht zum späteren Hemmnis des Arbeitgebers wird, muss vor dem Einsatz geprüft und nachvollziehbar dokumentiert werden, dass kein permanent vorhandenes (Sockel-) Arbeitsvolumen besteht.



Dr. Eva Rütz, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Köln

Telefon: +49 221 9937 27048

eva.ruetz@luther-lawfirm.com

Betriebsübergang trotz Widerspruch?

BAG vom 15. Dezember 2011 – 8 AZR 220/11

Die fehlerhafte Unterrichtung über einen Betriebsübergang kann zur Anfechtung eines Widerspruchs wegen arglistiger Täuschung berechtigen.

Der Fall

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich in seiner Entscheidung vom 15. Dezember 2011 (8 AZR 220/11) mit der Thematik des Widerspruchs gegen einen Betriebsübergang zu befassen.

Im Juli 2008 informierte der alte Arbeitgeber die Arbeitnehmer über einen Betriebsübergang auf einen neuen Arbeitgeber zum 1. September 2008. Dieses Schreiben war an alle aktiven Mitarbeiter gerichtet. Es enthielt auch den Hinweis auf mögliche betriebsbedingte Kündigungen für den Fall, dass ein Arbeitnehmer aufgrund eines Widerspruchs gegen diesen Betriebsübergang beim alten Arbeitgeber bleiben sollte. Mitte August wurde eine separate Informationsveranstaltung für die Mitarbeiter in der Altersteilzeitfreistellungsphase durchgeführt. Dabei wurden diese Arbeitnehmer ausdrücklich gebeten, dem Übergang zu widersprechen. Da der später klagende Arbeitnehmer nicht an der Veranstaltung teilnahm, erhielt er kurze Zeit später ein Schreiben, dem ein vorformulierter Widerspruch und eine Erklärung gegenüber einer Versicherung beigefügt waren, mit der der alte Arbeitgeber einen Kautionsversicherungsvertrag für Altersteilzeit abgeschlossen hatte. Wörtlich hieß es in dem Anschreiben u. a.: „Zusätzlich wird Ihr Entgeltanspruch gegen Insolvenz durch die R GmbH (alter Arbeitgeber) abgesichert. Dazu müssen Sie (der Arbeitnehmer) eine Erklärung für die Versicherung abgeben.“ Der Arbeitnehmer hatte daraufhin im August 2008 beide Schreiben unterzeichnet.

Der Aufforderung der Versicherung aus dem Jahr 2006, zur Absicherung des Wertguthabens aus den Altersteilzeitverpflichtungen, entsprechende Bürgschaftsaufträge zu stellen, war der alte Arbeitgeber erst im Oktober 2008 nachgekommen.

Nachdem im Mai 2009 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des alten Arbeitgebers eröffnet wurde, hat die Versicherung den Kautionsversicherungsvertrag gekündigt, die

Annahme des Bürgschaftsantrags abgelehnt und Leistungen verweigert. Daraufhin erklärte der Arbeitnehmer am 28. Juli 2009 die Anfechtung seines Widerspruchs gegenüber dem Insolvenzverwalter, da er sich arglistig getäuscht sah.

Die Entscheidung

Die Richter des BAG gaben dem Arbeitnehmer recht und bestätigten, dass durch die Anfechtung des Widerspruchs ein Übergang des Altersteilzeitverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber stattgefunden hat.

Das BAG stellt in diesem Urteil klar, dass unterschiedliche Gruppen von Arbeitnehmern, die vom Betriebsübergang unterschiedlich betroffen sind, entsprechend ihrer individuellen Situation unterrichtet werden müssen. Andernfalls ist die Unterrichtung fehlerhaft. Solche Unterrichtungen könnten zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgen. Damit beginne die einmonatige Widerspruchsfrist für die Arbeitnehmer erst nach ihrer jeweiligen Unterrichtung. Dies könne zur Folge haben, dass die Widerspruchsfrist in demselben Unternehmen unterschiedlich zu laufen beginnt.

Zum anderen bestätigten die Richter, dass eine Anfechtung eines Widerspruchs möglich ist. In dem hier entschiedenen Fall habe der alte Arbeitgeber durch die von ihm gewählte Formulierung bezüglich der Absicherung gegen Insolvenz selbst hervorgehoben, dass dieser Punkt für die Entscheidung der Arbeitnehmer wichtig sei. Damit hätte der alte Arbeitgeber dem BAG zufolge aber auch ungefragt über den tatsächlichen Stand der Insolvenzabsicherung des Wertguthabens Auskunft geben müssen. Dies habe er nicht getan. Im Gegenteil, obwohl er der Aufforderung der Versicherung, die notwendigen Bürgschaftsaufträge zu erteilen, nicht Folge geleistet hatte, habe der alte Arbeitgeber den Anschein erweckt, dass alles Erforderliche in die Wege geleitet worden sei.

Durch die wirksame Anfechtung, die auch gegenüber dem Insolvenzverwalter des alten Arbeitgebers erklärt werden konnte, wurde der Widerspruch des Arbeitnehmers dem BAG zufolge beseitigt und sei als von Anfang an nichtig anzusehen.

Fazit

Bei einem Betriebsübergang bereitet die ordnungsgemäße Information der Arbeitnehmer häufig erhebliche Schwierigkeiten. Fehler können dazu führen, dass die Widerspruchsfrist nicht beginnt. Es entsteht eine unsichere Schwebephase für den alten und neuen Arbeitgeber, da ein Widerspruch noch

lange nach der Unterrichtung möglich bleibt.

Bei Mitarbeitern in unterschiedlichen Situationen, z. B. aktiven Mitarbeitern und Mitarbeitern in der Altersteilzeit, muss die Unterrichtung die individuelle Situation berücksichtigen. Andernfalls ist die Unterrichtung fehlerhaft.

Eine fehlerhafte Unterrichtung kann aber nicht nur zu einem späten Widerspruch nach vermeintlich abgelaufener Widerspruchsfrist führen. Auch nach erfolgtem Widerspruch kann eine fehlerhafte Unterrichtung noch zu Unsicherheit führen, da ein bereits erklärter Widerspruch nachträglich angefochten werden kann. Im Falle einer solchen Anfechtung wird der Erwerber plötzlich mit Mitarbeitern konfrontiert, mit deren Übergang er nach deren vorherigem Widerspruch nicht mehr gerechnet hat.

Bei der Unterrichtung von Mitarbeitern über einen Betriebsübergang ist damit zur Vermeidung von unliebsamen Überraschungen höchste Sorgfalt gefragt.



Christian Dworschak, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
München

Telefon: +49 89 23714 13403

christian.dworschak@luther-lawfirm.com

Rechtswidriger Warnstreik führt zu Schadensersatz

BAG, Urteil vom 19.6.2012 – 1 AZR 775/10

Ein Verbandsmitglied ohne Tarifbindung darf im Rahmen des Arbeitskampfes für einen Flächentarifvertrag nicht bestreikt werden.

Ein rechtswidriger Warnstreik verpflichtet die Gewerkschaft, die dazu aufgerufen hat, zum Schadensersatz. Im Streit steht dabei meist die Frage, ob eine Arbeitskampfmaßnahme noch rechtmäßig oder bereits rechtswidrig ist. Die Besonderheit im Entscheidungsfall liegt darin, dass das bestreikte Unternehmen von einem Mitglied mit (T-Mitgliedschaft) zu einem Mitglied ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband gewechselt ist. Obwohl die Gewerkschaft von diesem Statuswechsel Kenntnis hatte, rief sie nach Kündigung des mit dem Arbeitgeberverband geschlossenen Tarifvertrags auch im Betrieb des OT-Mitglieds erfolgreich zu einem Warnstreik auf.

Das BAG stuft diesen Warnstreik als rechtswidrig ein, weil für die Gewerkschaft der Wechsel des Unternehmens zur Mitgliedschaft ohne Tarifbindung hinreichend transparent und damit tarifwirksam gewesen sei. Das Unternehmen werde durch Tarifverträge, die der Verband nach dem Statuswechsel abschließt, aber nicht mehr gebunden. Dies gelte auch für den neuen Tarifvertrag, zu dessen Abschluss die Gewerkschaft den Warnstreik als Arbeitskampfmaßnahme einsetzte. Der Warnstreik ist nach Ansicht des BAG auch nicht als sog. Unterstützungsstreik zu würdigen, mit dem auf Dritte durch Arbeitskampfmaßnahmen Druck ausgeübt wird, um den eigentlichen Tarifpartner zum Einlenken zu zwingen.

Frage nach Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis zulässig

BAG, Urteil vom 16.2.2012 – 6 AZR 553/10

Arbeitnehmer verliert Sonderkündigungsschutz, wenn er im Vorfeld einer Kündigung die Frage nach der Schwerbehinderung verneint.

Der vom vorläufig bestellten Insolvenzverwalter schriftlich nach einer möglichen Schwerbehinderung befragte Arbeitnehmer verneinte diese Frage wahrheitswidrig. Die anschließend erfolgte Kündigung griff der Arbeitnehmer jedoch mit Hinweis auf seinen Sonderkündigungsschutz als Schwerbehinderter gerichtlich an.

Das BAG bestätigte die Kündigung. Auf Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX könne sich der Arbeitnehmer wegen seiner früheren unrichtigen Antwort nicht berufen. Das BAG sieht die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers nach sechs Monaten im bestehenden Arbeitsverhältnis – dann entsteht der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX – als zulässig an. Weder datenschutzrechtliche Gründe noch das AGG stünden dem entgegen. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber für den befragten Arbeitnehmer erkennbar mögliche Kündigungen vorbereiten will. Die Frage gelte nach Ansicht des BAG gerade der Wahrung der Interessen des Schwerbehinderten, weil der Arbeitgeber damit seiner Pflicht, den Sonderkündigungsschutz des Schwerbehinderten zu beachten, nachkommen wolle. Der Arbeitgeber habe auch keine andere Möglichkeit, Kenntnis von der Schwerbehinderung seiner Angestellten zu erhalten, als diese zu befragen.

Zeitarbeitsgewerkschaft CGZP nicht tariffähig

BAG, Beschluss vom 23.5.2012 – 1 AZB 58/11

Leiharbeitnehmer können die Lohndifferenz zwischen erhaltenem Lohn zu dem im Entleiherbetrieb gezahlten Lohn einfordern.

Das BAG hatte zu entscheiden, ob die vom Arbeitgeber mit der „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen“ (CGZP) abgeschlossenen Haustarife anwendbar sind. Ein Arbeitnehmer verlangte vor dem Arbeitsgericht den Differenzlohn zwischen dem erhaltenen, in den Haustarifverträgen vereinbarten Lohn und den in dem Entleiherbetrieb an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlten Lohn. Das Arbeitsgericht setzte den Rechtsstreit aus, weil über die Tariffähigkeit der CGZP bei den Abschlüssen der relevanten Haustarifverträge noch entschieden werden müsse. In einem früheren Rechtsstreit (BAG vom 14. Dezember 2010 – 1 ABR 19/10) hatte das BAG nur über die seinerzeit geltende Satzung der CGZP und damit beschränkt auf den Zeitraum ab dem 8. Oktober 2009 rechtskräftig entschieden. Nun stellt es klar, dass die CGZP wegen Mängeln in der Satzung auch zu keinem anderen Zeitpunkt tariffähig gewesen sei. Die Entscheidung über die fehlende Tariffähigkeit habe umfassende Geltung im Arbeitsleben und gelte für alle Gerichtsverfahren, in denen es auf die Tariffähigkeit der CGZP ankommt.

Wiedereinstellungsanspruch wegen Betriebsübergangs

BAG, Urteil vom 15.12.2011 – 8 AZR 197/11

Ein Betriebsübergang kann zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch des betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmers führen.

Der Wiedereinstellungsanspruch setzt voraus, dass sich nach dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung während der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer ergibt. Eine solche kann sich nach der Entscheidung des BAG daraus ergeben, dass ein Betriebsübergang vollzogen oder auch nur beschlossen wird. Geschehe dies während des Laufs der Kündigungsfrist, dann richte sich der Anspruch auf Weiterbeschäftigung gegen den Erwerber, entschied das BAG.

Kein Weihnachtsgeld nach Kündigung

BAG, Urteil vom 18.1.2012 – 10 AZR 667/10

Arbeitgeber können die Weihnachtsgratifikation vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig machen.

Ob die Zahlung einer Sonderzuwendung unter die Bedingung des ungekündigten Bestehens des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt gestellt werden kann, ist abhängig von dem mit der Zuwendung verfolgten Zweck, entschied das BAG. Sofern die Sonderzuwendung als Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung einzustufen sei, könne die Zahlung nicht von weiteren stichtagsbezogenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

Die Sonderzahlung könne aber auch statt als Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistung als Treueprämie für erbrachte oder „Halteprämie“ für künftige Arbeitsleistungen oder als Beteiligung des Arbeitgebers an den zu Weihnachten typischerweise erhöhten Aufwendungen gezahlt werden. Solche Sonderzahlungen können dem BAG zufolge an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag bzw. über diesen hinaus gekoppelt werden. Dies gelte auch, wenn der Bestand des Arbeitsverhältnisses unabhängig vom Verhalten des Arbeitnehmers beendet werden kann.

Welche dieser Sonderzuwendungen im konkreten Einfall vorliege, sei durch Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zu ermitteln. Sofern die Sonderzuwendung einen wesentlichen Anteil der Gesamtvergütung ausmache, spreche dies für ein

Arbeitsentgelt, das als Gegenleistung zur erbrachten Arbeitsleistung geschuldet werde. Gratifikationscharakter können nach Ansicht des BAG nur die Sonderzuwendungen haben, die sich im üblichen Rahmen reiner Treue- und Weihnachtsgratifikationen bewegen und keinen wesentlichen Anteil an der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen.

Kündigung aufgrund geheimer Videoaufzeichnungen möglich

BAG, Urteil vom 21.6.2012 – 2 AZR 153/11

Unter strengen Voraussetzungen darf eine Videoüberwachung zum Beweis für eine Straftat als Kündigungsgrund verwendet werden.

Das BAG hat entschieden, dass der Diebstahl am Arbeitsplatz den Arbeitgeber zu einer – ggf. auch fristlosen – Kündigung berechtigt. Gleiches gelte für Betrug oder Unterschlagung bei oder im Zusammenhang mit der Arbeit. Mit solchen rechtswidrigen, gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichteten Handlungen verstoße der Arbeitnehmer gegen seine Pflicht, auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Außerdem stellen sie dem BAG zufolge einen erheblichen Vertrauensmissbrauch dar. Dies gelte unabhängig von der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers im Betrieb und auch dann, wenn lediglich Sachen von geringem Wert entwendet worden seien oder gar kein Schaden entstanden sei.

Die Verwendung von geheimen Videoaufzeichnungen zu Beweis Zwecken ist nach Ansicht des BAG zulässig, wenn der hinreichend konkrete Verdacht einer bestimmten strafbaren Handlung oder einer schwereren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegenüber einem räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern besteht und andere weniger einschneidende Ermittlungsmethoden zuvor erfolglos ausgeschöpft worden sind.

Keine Verlängerung der Pflegezeit

BAG, Urteil vom 15.11.2011 – 9 AZR 348/10

Der Anspruch auf Langzeitpflege §§ 3, 4 PflegeZG kann nicht auf mehrere Zeitabschnitte verteilt werden.

Das Recht, von der Arbeitsleistung freigestellt zu werden, um einen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung zu pflegen, erlischt nach erstmaliger Inanspruchnahme auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Höchstdauer von sechs Monaten

noch nicht in Anspruch genommen hat, entschied das BAG. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Pflegezeit ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG und gilt in Betrieben mit mehr als 15 Arbeitnehmern. Auch wenn der Arbeitgeber die Pflegezeit mit seinem ersten Antrag nur für einige Tage in Anspruch genommen habe, sei er darüber hinaus nicht berechtigt, für denselben Angehörigen weitere Zeitabschnitte Pflegezeit zu beantragen. Vielmehr erlösche sein Recht auf Pflegezeit mit der erstmaligen Inanspruchnahme.

Als Begründung verweist das BAG auf die Systematik der §§ 2–4 PflegeZG. § 2 PflegeZG regelt abschließend den Anspruch auf Kurzzeitpflege bis zu zehn Tagen. Dazu müsse allerdings eine akut auftretende Pflegesituation vorliegen. „Akut“ sei die Pflegesituation aber nur, wenn sie plötzlich und unerwartet auftrete. Für die Langzeitpflege gelten die §§ 3 und 4 PflegeZG. Nach Ansicht des BAG würde die Aufteilung der Langzeitpflege in mehrere Teilabschnitte die strengen Voraussetzungen des § 2 PflegeZG unterlaufen. Allerdings lässt das BAG dabei offen, ob es möglich ist, bereits in der ersten Erklärung die Aufteilung der Pflegezeit auf mehrere Teilabschnitte zu beantragen.

Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
14. März 2013 – 15. März 2013	Personalleiter – Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Christian Dworschak)	DGFP, München
12. Juni 2013	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Volker Schneider)	DGFP, Hamburg

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

Hinweis

Ab der nächsten Ausgabe versenden wir den Newsletter Arbeitsrecht nicht mehr in gedruckter Form sondern nur noch elektronisch. Sofern Sie keinen elektronischen Newsletter erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte durch kurze Information an gerlinde.wiedner@luther-lawfirm.com mit. Dies gilt auch, wenn Sie sich künftig gegen den Erhalt des Newsletters in elektronischer Form entscheiden. Für den Widerspruch entstehen Ihnen keine anderen Kosten als nach den Basistarifen.

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

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

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

Haftungsausschluss

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

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

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

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

Auf den Punkt. Luther.

