

Herausgegeben von:

RA Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart

RA Friedrich Schindele, Landshut

Dr. Heinrich Kiel, Richter am BAG, Erfurt

RA Dr. Christian Arnold, Stuttgart

Beiträge

<i>Ulrich Kortmann</i>	Kurzarbeit und Urlaubsansprüche	29
<i>Joachim Holthausen</i>	Vorruhestandsmodelle und Benachteiligung – Risiken für den Arbeitgeber bei Anknüpfung an sozialversicherungsrechtliche Regelungen	32
<i>Klaus Müller-Knapp</i>	Anträge im Beschlussverfahren	35

Rechtsprechung

BAG 17.06.2009 – 7 AZR 112/08	Tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten (<i>Jobst-Hubertus Bauer</i>)	38
BAG 22.04.2009 – 4 AZR 100/08	Weitergeltung transformierter tariflicher Normen nach Betriebsübergang (<i>Wolfgang Manske/Christian Sperber</i>)	39
BAG 01.07.2009 – 4 ABR 18/08	Eingruppierung bei Aufeinanderfolge zweier Arbeitsverhältnisse mit unveränderter Tätigkeit (<i>Burkard Göpfert</i>)	40
BAG 13.08.2009 – 6 AZR 330/08	Schadensersatzhaftung des Arbeitgebers bei Verletzung der Rücksichtnahmepflicht (<i>Christian Arnold</i>)	41
BAG 15.09.2009 – 9 AZR 608/08	Rückwirkender Abschluss eines Altersteilzeitvertrages (<i>Frank Merten</i>)	42
BAG 10.02.2009 – 3 AZR 610/07	Rüge einer Rentenanpassungsentscheidung des Bochumer Verbandes durch die Interessenvertretung der Arbeitnehmer gilt nur für deren Mitglieder (<i>Charlotte Beck</i>)	43
BAG 20.05.2009 – 4 AZR 230/08	„Andere Abmachung“ nach Ablauf des Tarifvertrages (<i>Krystyna Okoye</i>)	44
BAG 23.07.2009 – 8 AZR 538/08	Anforderungen an das Unterrichtungsschreiben bei Betriebsübergang (<i>Thomas Winzer</i>)	45
BAG 22.04.2009 – 4 ABR 14/08	Überleitung in den TVöD – Mitbestimmung des Betriebsrats (<i>Peter Gerhardt</i>)	46
BSG 06.05.2009 – B 11 AL 12/08 R	Schadensersatzanspruch wegen nicht gewährten Ersatzurlaubs – Insolvenzgeld (<i>Friedrich Schindele</i>)	47
LAG Berlin-Brandenburg 19.02.2009 – 20 Sa 2078/08	Reichweite und transparente Formulierung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes (<i>Erwin Salamon</i>)	48
LAG Baden-Württemberg 17.09.2009 – 11 Sa 39/09	Betriebsbedingte Kündigung bei grenzüberschreitender Betriebsveräußerung (<i>Silke Seeger</i>)	49
LAG Köln 18.11.2009 – 8 Sa 374/09	Sozialauswahl bei unterschiedlicher Vergütungsgruppe nach Bewahrungsaufstieg (<i>Cordula Kempf</i>)	50
LAG Nürnberg 17.09.2009 – 6 AZR 369/08	Zwangsvollstreckung wegen Unterhaltsrückständen in der Verbraucherinsolvenz (<i>Karl Geißler</i>)	51




Münchener Kommentare BGB, AktG, StGB, InsO
Beck'sche Online-Kommentare BGB, StGB, GBO, SozR, ArbR, VwGO, GG, RVG...
Beck'sche Prozessformularbücher
Rechtsprechung im Volltext
NJW, DStR, NZA, AP, DNotZ, NVwZ, GRUR...
Schönfelder, Sartorius, Nipperdey, Aichberger...
Formulare/Rechner/Arbeitshilfen
beck-fachdienste/E-Mail-Letter

Jetzt alles online!

Von Arbeitsrecht bis Zivilrecht

Jetzt 4 Wochen lang gratis testen: www.beck-online.de

Hinweis an unsere Leser:

Die vorliegende Druckausgabe der ArbRAktuell ist textidentisch mit der elektronisch versandten Version. Abonnenten erhalten zugleich über beck-online Zugriff auf die besprochenen Urteile im Volltext, das elektronische Archiv der ArbRAktuell sowie alle zitierten Gesetzestexte.

Zitervorschlag: ArbRAktuell Jahr, Seite (z. B. ArbRAktuell 2009, 95). Innerhalb der Datenbank beck-online können Sie auch ArbRAktuell Jahr, Dokumentnummer als Fundstelle in das Suchfeld eingeben. Die Dokumentnummern finden Sie im Heft in der Kopfzeile jedes Beitrags neben der Seitenzahl.

ArbR – Arbeitsrecht Aktuell – Impressum

Herausgeber: Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz, Maybachstr. 6, 70469 Stuttgart, Tel.: 07 11/8 99 71 43, Fax: 07 11/85 50 96, E-Mail: jobst-hubertus.bauer@gleisslutz.com, Internet: www.gleisslutz.com/de; Rechtsanwalt Friedrich Schindele, Schindele Eisele Gerstner & Kollegen, Altstadt 369, 84028 Landshut, Tel.: 08 71/92 31 00, Fax: 08 71/92 31 090, E-Mail: f.schindele@raseg.de, Internet: www.raseg.de; Dr. Heinrich Kiel, Richter am Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt, E-Mail: heinrich.kiel@bundesarbeitsgericht.de; Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Gleiss Lutz, Maybachstr. 6, 70469 Stuttgart, Tel.: 07 11/8 99 71 43, Fax: 07 11/85 50 96, E-Mail: christian.arnold@gleisslutz.com, Internet: www.gleisslutz.com/de

Verlagsredaktion: Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thomas Wilting, E-Mail: thomas.wilting@beck.de, Tel.: 089/3 81 89-8 11, Fax: 089/3 81 89-4 66; redaktionelle Mitarbeit: Claudia Schoeberl, M. A., E-Mail: claudia.schoeberl@beck.de, Tel.: 089/3 81 89-5 68, Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München
ArbR – Arbeitsrecht Aktuell im Internet: www.arbr-online.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: Susanne Raff (089) 3 81 89-601, Julie von Steuben (089) 3 81 89-608, Bertram Götz (089) 3 81 89-610, Telefax: (089) 3 81 89-782. Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten; Telefon: (089) 3 81 89-598, Telefax: (089) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Leberherz

Verlag: Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: 089/3 81 89-0, Telefax: 089/3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6229802, BLZ 70010080. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: 14-tägig. Bezugspreise 2010: 148,00 € jährlich (inkl. 9,68 € MwSt.)

Vorzugspreis für Bezieher der NZA und Bezieher des beck-online-Fachmoduls Arbeitsrecht PREMIUM für Zeitschrift und E-Letter (Datenbank der ArbR ist im Modul bereits inklusive): 118,00 € jährlich (inkl. 7,72 € MwSt.)

Das Abonnement umfasst jeweils den Zugang für drei Nutzer für das Modul ArbR Online innerhalb der Datenbank beck-online.

Einzelheft: 8,00 € (inkl. 0,52 € MwSt.)

Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Abo-Service: Telefon: 089/3 81 89-7 50, Telefax: 089/3 81 89-3 58, E-Mail: bestellung@beck.de. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen. Adressänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 V der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderungen des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Kessler Druck und Medien GmbH & Co. KG, Michael-Schäffer-Str. 1, 86399 Bobingen.

Herausgegeben von:

RA Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
RA Friedrich Schindele, Landshut
Dr. Heinrich Kiel, Richter am BAG, Erfurt
RA Dr. Christian Arnold, Stuttgart

Beiträge

Kurzarbeit und Urlaubsansprüche

RA Ulrich Kortmann, Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

Kurzarbeit als sozialpolitische Allzweckwaffe zur Vermeidung von krisenbedingtem Personalabbau erfreut sich derzeit größter Beliebtheit. Einige Aspekte in urlaubsrechtlicher Hinsicht sind jedoch im Auge zu behalten. Dies gilt zum einen für die – sozialrechtliche – Frage, ob und inwieweit die Arbeitnehmer Urlaub „einsetzen“ müssen zur Vermeidung von Kurzarbeit, zum anderen die Frage, welche arbeitsrechtlichen Folgerungen die Kurzarbeit in Bezug auf im Kurzarbeitszeitraum gelegenen Urlaub hat. Im Ergebnis lassen sich Probleme durch eine frühzeitige Urlaubsplanung und eine die Urlaubsgewährung beachtende Anordnung von Kurzarbeit vermeiden.

I. Verzahnung von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht

Die Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber setzt eine entsprechende Rechtsgrundlage voraus. Die Befugnis kann sich aus dem Arbeitsvertrag, aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag ergeben. In mitbestimmten Betrieben ist regelmäßig eine Beteiligung des Betriebsrats erforderlich, § 87 I Nr. 3 BetrVG.

In der Praxis kommt Kurzarbeit nur dann in Betracht, wenn der **Einkommensverlust** durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld teilweise **kompensiert** wird. Umgekehrt gewährt die Bundesagentur für Arbeit nur Kurzarbeitergeld, wenn – neben dem Vorliegen der sozialrechtlichen Voraussetzungen – die Einführung der Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam erfolgen kann. Im Falle einer unwirksamen Anordnung von Kurzarbeit schuldet der Arbeitgeber die Vergütung aus Annahmeverzug (§ 615 BGB), ein „Arbeitsausfall mit Entgeltausfall“ gem. § 169 S. 1 Nr. 1 SGB III liegt daher nicht vor.

II. Urlaubsgewährung zur Vermeidung von Kurzarbeit

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld setzt voraus, dass der **Arbeitsausfall unvermeidbar** ist. Zu den zumutbaren Vorkehrungen zählt es, den Arbeitsausfall möglichst durch **Gewährung von Urlaub** zu verhindern, soweit dem nicht die ausdrücklich als vorrangig gewerteten Urlaubswünsche der betroffenen Arbeitnehmer entgegenstehen (§ 170 IV 2 Nr. 2 SGB III).

1. Verfügbare Urlaubsansprüche

Grundvoraussetzung ist zunächst, dass überhaupt noch Urlaubsansprüche zur Verfügung stehen, die zur Vermeidung der Kurzarbeit eingesetzt werden können. Hat der Arbeitgeber **vor Anordnung der Kurzarbeit** bereits Urlaub für einen bestimmten Zeitraum gewährt, so bewirkt dies eine Konkretisierung des Urlaubsanspruchs. Der Arbeitgeber ist an diese Konkretisierungshandlung, wie jeder Schuldner, gebunden (ErfK/Dörner, 10. Auflage, BUrlG § 7 Rn. 26). Die sozialrechtlichen Regelungen zum Kurzarbeitergeld lassen aber die **arbeitsrechtlichen Regelungen** zum Urlaubsrecht **unberührt** (Gagel/Bieback, SGB III § 170 Rn. 152), so dass dieser gewährte Urlaub nicht mehr zur Vermeidung von Kurzarbeit eingesetzt werden kann. Nichts anderes gilt bei einer Urlaubsplanung aufgrund Betriebsvereinbarung (Gagel/Bieback, SGB III § 170 Rn. 151).

2. Entgegenstehende Urlaubswünsche der Arbeitnehmer

Soweit Urlaubsansprüche potentiell zur Vermeidung von Kurzarbeit zur Verfügung stehen, dürfen weiterhin der Urlaubsgewährung zur Vermeidung von Kurzarbeit nicht die **Urlaubswünsche** der betroffenen Arbeitnehmer entgegenstehen.

Die Vorschrift nimmt in ihrer Wortwahl Bezug auf § 7 I BUrlG, wonach bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, soweit ihrer Berücksichtigung nicht dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Wiederum zeigt sich, dass das Sozialversicherungsrecht nicht die arbeitsrechtlichen Urlaubsvorschriften beiseite schieben will. **Kurzarbeit** stellt insbesondere **keinen betrieblichen Belang** iSv § 7 I BUrlG dar, der den individuellen Urlaubswünschen der Arbeitnehmer entgegengehalten werden kann (*Bauer/Kern*, NZA 2009, 925, 926).

Soweit zum Zeitpunkt der Einführung von Kurzarbeit überhaupt noch „freier“ Urlaub vorhanden ist, kann damit der Arbeitgeber zwar zunächst **einseitig** diesen zur Vermeidung von Kurzarbeit festlegen. **Widersprechen** dann jedoch die Arbeitnehmer der einseitigen Festlegung, werden also die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer auf diese Weise offenbar, kommt ein Einsatz dieser Urlaubstage wegen der Vorrangigkeit der Urlaubswünsche nicht mehr in Betracht.

Im Ergebnis bleibt also für den Einsatz von Urlaub zur Vermeidung von Kurzarbeit ein geringer Anwendungsbereich.

Die **Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA)** zu § 170 SGB III sind indes **differenzierter**. So soll bei der Einführung von Kurzarbeit gegen Ende des Urlaubsjahres oder Resturlaubsansprüchen aus dem Vorjahr der Arbeitgeber zunächst aufgefordert werden, die noch bestehenden Urlaubstage der Arbeitnehmer einseitig festzulegen. Soweit dann allerdings Arbeitnehmer auf feststehende Planungen verweisen – die Geschäftsanweisungen nennen den Winterurlaub oder die im Urlaub geplante Renovierung des Eigenheims – sollen diese Wünsche vorrangig sein. Sollten die Ausführungen in den Geschäftsanweisungen so zu verstehen sein, dass an die „entgegenstehenden Wünsche“ der Arbeitnehmer bestimmte Anforderungen zu stellen sind, so würde dies allerdings nicht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung stehen. Arbeitsrechtlich muss der Arbeitnehmer seinen **Urlaubswunsch nicht begründen**. Da die sozialrechtlichen Vorschriften zum Kurzarbeitergeld die arbeitsrechtlichen Urlaubsbestimmungen unberührt lassen, kann hier nichts anderes gelten. Zudem dürfte es kaum praktikabel sein – weder aus Sicht des Arbeitgebers noch aus Sicht der BA – die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer zu hinterfragen.

3. Praxistipp

Aus praktischer Sicht empfiehlt es sich, **vor der Beantragung** von Kurzarbeitergeld die **Urlaubswünsche** der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer **abzufragen**; die Urlaubswünsche sollten zB in eine Urlaubsliste eingestellt werden und der Urlaub sodann verbindlich gewährt werden. Dies erspart Rückfragen der Agentur für Arbeit und vermeidet somit Verzögerungen bei der Bearbeitung des Antrags.

Nicht empfehlenswert ist es, die Arbeitnehmer anzuhalten, Urlaub möglichst auf einen Zeitraum nach Beendi-

gung der Kurzarbeit zu „schieben“ oder – bei tageweisem Arbeitsausfall – Urlaubstage gezielt auf die Zwischenräume zu legen. In diesem Falle könnte die BA eine missbräuchliche Urlaubsplanung annehmen, da – hierzu noch im Folgenden – für Urlaubstage während des Kurzarbeitszeitraums kein Kurzarbeitergeld gewährt wird, sondern der Arbeitgeber Urlaubsentgelt zahlt. Die Geschäftsanweisungen der BA gehen insofern von einer bereits aufgestellten Urlaubsplanung zu Lasten der BA abgewichen wird. Nichts anderes dürfte gelten, wenn auf Veranlassung des Arbeitgebers eine in diesem Sinne missbräuchliche Urlaubsplanung im Vorfeld von Kurzarbeit initiiert wird.

Die Einbringung von Urlaub zur Vermeidung von Kurzarbeit hat im Übrigen durch die Ausweitung der Bezugsfrist auf 24 Monate durch die Verordnung über die Bezugsfrist von Kurzarbeitergeld vom 26.11.2008 (BGBl. I S. 2332) wirtschaftlich gesehen an Bedeutung verloren. Wird über das gesamte Urlaubsjahr Kurzarbeit angeordnet, so steht von vornherein fest, dass die Arbeitnehmer irgendwann im Bezugsraum ihren Urlaub nehmen müssen. „Unterm Strich“ ist es daher aus Sicht der BA nicht relevant, wann dieser Urlaub eingesetzt wird. Derart lange Kurzarbeitszeiträume dürften jedoch – aufgrund der auf 24 Monate verlängerten Bezugsfrist und der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ab dem siebten Monat – mittlerweile nicht selten sein.

III. Urlaub während der Kurzarbeit

1. Kurzarbeit „Null“ und Urlaub

Um es auf eine einfache Formel zu bringen: **Kurzarbeit „Null“ und Urlaub schließen sich aus**. Wird für einen bestimmten Zeitraum Kurzarbeit „Null“ angeordnet, kann innerhalb dieses Zeitraums kein Urlaub mehr wirksam gewährt werden. Der Urlaubsanspruch ist gerichtet auf eine Freistellung von der Arbeitspflicht. Dieser mit der Urlaubsgewährung angestrebte Leistungserfolg kann während einer Kurzarbeit nicht mehr eintreten, da die Arbeit nur einmal ausfallen kann. Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs wird damit unmöglich.

Legen die Arbeitsvertragsparteien gleichwohl Urlaub in den Kurzarbeitszeitraum, zeigen sie damit zugleich, dass der Arbeitsausfall an diesem Tag vermeidbar war iSv § 170 SGB III. Er hätte ja durch eine dem Wunsch des Arbeitnehmers entsprechende Urlaubsgewährung vermieden werden können. Kurzarbeitergeld kommt demnach nicht in Betracht (*Bauer/Kern*, NZA 2009, 925, 928).

Erst recht wird **kein Kurzarbeitergeld** gewährt, wenn **zunächst der Urlaub** für einen bestimmten Zeitraum festgelegt wird und erst **dann** für denselben Zeitraum **Kurzarbeit** angeordnet wird. In diesem Falle geht die Anordnung der Kurzarbeit Null für die Dauer des Urlaubs ins Leere, da keine Arbeit mehr ausfallen kann. Die Agentur für Arbeit wird für die Urlaubstage schon deswegen kein Kurzarbeitergeld gewähren, weil für den

betroffenen Arbeitnehmer die Arbeit nicht wegen Kurzarbeit ausfällt, sondern wegen seines Urlaubs (*Gagel/Bieback*, SGB III § 169 Rn. 195).

In der Praxis sind daher Arbeitnehmer für die **Dauer des Urlaubs von der Kurzarbeit auszunehmen**. In der Regel dürfte dies sich bereits aus der einschlägigen arbeitsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage ergeben. Soweit diese die Anordnung von Kurzarbeit davon abhängig macht, dass die Agentur für Arbeit Kurzarbeitergeld gewährt, dürfte die konkrete Anordnung des Arbeitgebers so zu verstehen sein, dass die Arbeitnehmer während ihres Urlaubs von der Kurzarbeit ausgenommen sind. Sollte es nach der Anordnung von Kurzarbeit zu einer Urlaubsgewährung im Kurzarbeitszeitraum kommen, ist hierin in der Regel eine konkludente Aufhebung der Kurzarbeit im Urlaubszeitraum zu sehen (*Bauer/Kern*, NZA 2009, 925, 928).

Risiken birgt die Gewährung von Urlaub während der Kurzarbeit für den Arbeitgeber jedoch, wenn die **Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung** eingeführt wurde. In der „Fährschiff“-Entscheidung des BAG vom 16.12.2008, NZA 2009, 689 hatte der Arbeitgeber Urlaub gewährt und sodann durch Betriebsvereinbarung Kurzarbeit „Null“ im selben Zeitraum angeordnet. Das BAG ging davon aus, dass bereits durch die Normwirkung der Betriebsvereinbarung die Arbeitspflicht aufgehoben war, somit die Erfüllung des Urlaubsanspruchs nachträglich unmöglich wurde. Der durch die Gewährung des Urlaubs konkretisierte Urlaubsanspruch ging nach § 275 I BGB unter. Stattdessen sprach das BAG dem Arbeitnehmer jedoch einen **Schadensersatzanspruch** gem. §§ 283, 280 I, 275 I, 249 I BGB, gerichtet auf die Gewährung von Ersatzurlaub zu. Den Untergang des Urlaubsanspruchs hatte der Arbeitgeber zu vertreten, da im zu entscheidenden Fall die Kurzarbeit aus betrieblichen Gründen eingeführt wurde (der Arbeitsausfall rührte aus einer bewusst vom Arbeitgeber veranlassten Werftfliegezeit zur Reparatur des Fährschiffes).

In den meisten Fällen dürfte eine Schadensersatzhaftung des Arbeitgebers ausscheiden, da üblicherweise Kurzarbeit aufgrund äußerer, vom Arbeitgeber nicht beeinflussbarer Umstände, eintritt (etwa Auftragsmangel). Gleichwohl kann nur dringend geraten werden, **in Betriebsvereinbarungen explizit urlaubende Arbeitnehmer** von der Kurzarbeit **auszunehmen**. Der Arbeitgeber ist nämlich für die sein Verschulden ausschließenden Umstände beweispflichtig (§ 280 I BGB).

2. Kurzarbeit mit reduzierter täglicher Arbeitszeit

Sozialversicherungsrechtlich stellt sich die Situation bei Kurzarbeit in Form der reduzierten täglichen Arbeitszeit nicht anders dar als bei Kurzarbeit „Null“. Kurzarbeitergeld wird für Urlaubstage nicht gewährt,

da die Arbeit nicht wegen der Kurzarbeit, sondern wegen des Urlaubs ausfällt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob zunächst Urlaub gewährt wird und dann Kurzarbeit angeordnet wird oder umgekehrt.

Im Gegensatz zur Kurzarbeit „Null“ bleibt der Urlaubsanspruch bei nur stundenweisem täglichen Arbeitsausfall gleichwohl erfüllbar. Auch bei noch so geringer täglicher Arbeitszeit kann der mit der Urlaubsgewährung beabsichtigte Leistungserfolg eintreten. Der Urlaubsanspruch nach dem BUrlG ist nämlich auf Freistellung von der Arbeit an ganzen Tagen gerichtet, unabhängig davon, wie viel Arbeitsstunden der Arbeitnehmer an diesem Tag hätte leisten müssen (vgl. BAG, NZA 2001, 1254). Entsprechend ist die Gewährung von halben Urlaubstagen oder stundenweisem Urlaub grundsätzlich nicht zulässig (BAG, NJW 1965, 2174); Arbeitnehmer müssen daher auch in Kurzarbeitsphasen mit reduzierter täglicher Arbeitszeit stets „ganze“ Urlaubstage einsetzen.

Dies ist letztlich sachgerecht. Auch bei Kurzarbeit bemisst sich das Urlaubsentgelt stets nach dem Vollzeitgehalt, da § 11 I 3 BUrlG für die Bemessung des Urlaubsentgelts eindeutig vorsieht, dass Entgeltkürzungen durch Kurzarbeit im Bemessungszeitraum außer Betracht bleiben. Im Ergebnis erhält der Arbeitnehmer für den vollen Urlaubstag, den er einsetzen muss, auch das volle Gehalt.

Da der Urlaubsanspruch erfüllbar bleibt, müssen Arbeitnehmer bei dieser Form der Kurzarbeit auch nicht ausdrücklich für die Dauer des Urlaubs von der Kurzarbeit ausgenommen werden; es schadet allerdings auch nicht. Dies ist weder urlaubsrechtlich noch sozialrechtlich von Bedeutung.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich sozialrechtliche und arbeitsrechtliche Risiken weitgehend vermeiden, wenn gewisse Vorkehrungen beachtet werden.

- Vor der Anzeige des Arbeitsausfalls gem. § 173 SGB III sollte die **Urlaubsplanung** möglichst festgezurrt werden. Die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer sollten ihre Wünsche möglichst für den **gesamten** ihnen zustehenden **Urlaub** äußern und in eine Urlaubsliste eintragen, der Arbeitgeber diesen sodann gewähren.
- Bei der Anordnung von **Kurzarbeit „Null“** – ob aufgrund einer arbeitsvertraglichen Kurzarbeitsklausel oder einer Betriebsvereinbarung – sollten explizit **Urlaubszeiten ausgenommen** werden. In einer Betriebsvereinbarung könnte die Formulierung etwa lauten: „Arbeitnehmer, denen Urlaub gewährt wurde, sind für die Dauer des Urlaubs von der Kurzarbeit ausgenommen“.

Vorruhestandsmodelle und Benachteiligung – Risiken für den Arbeitgeber bei Anknüpfung an sozialversicherungsrechtliche Regelungen

RA, FAArbR Dr. Joachim Holthausen, Holthausen & Partner, Köln

Vorruhestandsmodelle sehen – nicht zuletzt aus wirtschaftlichen Erwägungen – in gängiger Praxis die Verpflichtung des Vorruheständlers zur frühestmöglichen Inanspruchnahme seiner Altersrente vor. Mit der Inanspruchnahme der Altersrente sollen die Ansprüche auf Vorruhestandsgeld untergehen. Bei schwerbehinderten Menschen und bei Frauen, die zum Bezug vorzeitiger Altersrenten mit Abschlägen (§§ 236a, 237a SGB VI) berechtigt sind, kann die Verpflichtung zur frühestmöglichen Inanspruchnahme der Altersrente gegen Diskriminierungsverbote (§ 1 AGG) verstoßen mit Blick auf das Geschlecht, das Alter und die Behinderung. Ist das der Fall, kann der betroffene Arbeitnehmer nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Meistbegünstigung weitergehende Ansprüche auf Vorruhestandsgeld gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

I. Grundsatzurteil i. S. „Deutsche Flugsicherung“

Ein oftmals unerkanntes **Risikopotenzial** von Vorruhestandsmodellen verdeutlicht das Urteil des IX. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16.12.2008 (AP TVG § 1 Vorruhestand Nr. 33). Bei der Entscheidung handelt es sich um einen „Altfall“, bei dem noch nicht **die Diskriminierungsverbote des AGG**, sondern das **Benachteiligungsverbot des § 81 II SGB IX aF** die Entscheidung bestimmten.

Nach Auffassung des IX. Senats erfasst das Benachteiligungsverbot in § 81 II SGB IX aF den im Vorruhestandsvertrag iV mit dem Vorruhestandstarifvertrag geregelten Erlöschenstatbestand für die Ansprüche des Klägers auf Vorruhestandsgeld. Der Kläger wurde anders als nicht schwerbehinderte Vorruheständler behandelt. Im Unterschied zu ihnen hatte er nach dem Ende des Monats, in dem er sein 60. Lebensjahr vollendete, nicht länger Anspruch auf Vorruhestandsgeld. Er war nach § 236a S. 2 bis 4 SGB VI aF zur vorzeitigen Inanspruchnahme von Altersrente berechtigt. Ungeminderte Rente hätte er erst mit Vollendung des 63. Lebensjahres in Anspruch nehmen können. Die mit der vorzeitigen Inanspruchnahme einer Altersrente verbundenen Abschläge hätten für den Kläger 10,8% betragen. Für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer und Vorruheständler des Jahrgangs des Klägers, die mit Vollendung des 63. Lebensjahres vorzeitige Altersrente beziehen, belaufen sie sich auf 7,2%. Über die Rentenabschläge hinaus konnte der Kläger nach dem Ende des Monats der Vollendung seines 60. Lebensjahres keine höheren Rentenansprüche erwerben.

II. Keine Rechtfertigung durch Anknüpfung an die Vorgaben des SGB VI

Der IX. Senat stellt fest, dass ein Anknüpfen des Vorruhestandsmodells an die **gesetzlichen Vorgaben der Sozialversicherung** für sich betrachtet keine Rechtfertigung

einer Benachteiligung oder Diskriminierung darstellt. Auch steht nach Auffassung des Senats einer mittelbaren Diskriminierung nicht entgegen, dass die Ausgestaltung der gesetzlichen Rentenversicherung nicht den Anforderungen des § 81 II SGB IX aF und der mit ihm teilweise umgesetzten Richtlinie 2000/78/EG unterliegt. Knüpft ein Arbeitgeber durch Bezugnahme auf eine Kollektivvereinbarung an die sozialversicherungsrechtlichen Unterscheidungen an und handelt er deswegen benachteiligend, unterfallen seine Handlungen uneingeschränkt dem sachlichen Geltungsbereich des **Art. 3 I der Richtlinie 2000/78/EG**.

Im vom IX. Senat entschiedenen Fall überließen der Vorruhestandsvertrag iV mit dem Vorruhestandtarifvertrag dem schwerbehinderten Vorruheständler abweichend von der gesetzlichen Regelung nicht die Wahl, ob er eine vorzeitige Altersrente mit Abschlägen in Anspruch nahm oder nicht. Der Anspruch auf Vorruhestandsgeld wäre somit ohne Zutun des Vorruheständlers erloschen, sobald die Voraussetzungen einer gesetzlichen Altersrente erfüllt waren.

Als entscheidend für die Beurteilung der Ungleichbehandlung erachtet der IX. Senat die Antwort auf die Frage, ob **zwischen der vom Arbeitgeber geschuldeten Leistung und der in Bezug genommenen Rentenberechtigung ein sachlicher Zusammenhang** besteht. Das beurteile sich nach dem mit der Arbeitgeberleistung verfolgten Ziel. Welches Ziel erreicht werden solle, richte sich bei tariflichen Regelungen nach den Vorgaben der Tarifparteien, die sich aus den anspruchsbegründenden Merkmalen ergäben. Ausschluss- und Kürzungsregelungen, die auf sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen verwiesen, müssten sich an den **tariflichen Regelungszielen** messen lassen. Das Vorruhestandsgeld nach dem Vorruhestandstarifvertrag diene dazu, **Versorgungslücken zu überbrücken**, die dadurch entstünden, dass der Anspruchsberechtigte seine Erwerbstätigkeit bei der Beklagten beende. Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung stünden den Berechtigten noch nicht zu. Die Betroffenen schießen nominell nicht aus dem Berufsleben aus. Die Berechtigten seien verpflichtet, sich für die Zeit des Bezugs von Vorruhestandsgeld nicht arbeitslos zu melden. Die Übergangsvorsorge habe damit den Charakter einer **sozialen Absicherung bis zum Erreichen des Alters, in dem Altersversorgungsleistungen erbracht würden**. Die Vorruheständler sollten wirtschaftlich so lange abgesichert werden, bis sie das Alter erreichten, in dem Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung gewährt würden. Mit diesem tariflichen Regelungszweck sei es nicht zu vereinbaren, wenn die Anknüpfung an das gesetzliche Rentenversicherungs-

recht dazu führe, dass schwerbehinderte und nicht schwerbehinderte Menschen sowie Frauen und Männer nicht in gleicher Weise wirtschaftlich abgesichert würden.

III. Grenzen der Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien

Auch die Tarifparteien sind an das Benachteiligungsverbot in § 81 II SGB IX aF und korrespondierende Regelungen des AGG gebunden. Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG verlangt, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen für nichtig erklärt werden (können) oder geändert werden. In die von ehemals Art. 139 EGV (nunmehr Art. 155 AEUV) anerkannte und von Art. 9 III GG geschützte Tarifautonomie kann jedenfalls dann eingegriffen werden, wenn der Gesetzgeber mit dem Eingriff den Schutz der Grundrechte Dritter bezweckt und der Eingriff den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt (BVerfGE 103, 293).

IV. Europarechtliches Umfeld

Die Umsetzung des in Art. 1 und 2 der Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie) enthaltenen Diskriminierungsverbots verlangt nach dem Zweck des Verbots, ua behinderte Beschäftigte umfassend vor Benachteiligungen bei einer Vereinbarung und ihrer Durchführung zu schützen.

Damit in Einklang stehen die Bestimmungen des AGG. Sie dienen der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG. Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung ua wegen des Alters, des Geschlechts oder einer Behinderung. Dazu müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen ua in Arbeits- und Tarifverträgen sowie in Betriebsordnungen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.

Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG betrifft die „gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters“. Ungeachtet des Art. 2 II der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten „vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“ (weiterführend EuGH, NZA 2005, 1345 „Mangold“; NZA 2007, 1219 „Palacios de la Villa“; NZA 2009, 305 „Age Concern England“). Sofern nationale Bestimmungen gemäß Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG in zulässiger Weise die unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters gestatten, ermöglichen sie auch mittelbare Benachteiligungen. Die An-

forderungen an die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung sind jedenfalls nicht höher als diejenigen an die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung (EuGH, NZA 2009, 305 „Age Concern England“; BAG, NZA 2009, 849 „Altersdifferenzierung in Sozialplan“).

V. Rechtliches Umfeld – Schadenspotenzial, gerechtfertigte Ungleichbehandlung

Aufgrund der europarechtlichen Vorgaben ist die Rechtsprechung zum AGG ständig im Fluss. Wie der Fall der Deutschen Flugsicherung belegt, sind auch bislang bewährte Regelungsmodelle einem „Stresstest“ zu unterziehen, um einem bösen Erwachen auf Arbeitgeberseite mit gravierenden wirtschaftlichen Folgen infolge des kollektiven Zwangs zur Meistbegünstigung zu begegnen. Das Schadenspotenzial steigt für den Arbeitgeber statistisch mit der Zahl der Arbeitnehmer, die von einem Vorruhestandsmodell Gebrauch machen, wenn die Arbeitnehmer nicht einheitlich im Anschluss an das Modell eine ungekürzte Rente in Anspruch nehmen können. In diesem Fall können die diskriminierten Arbeitnehmer gestützt auf das Benachteiligungsverbot (§ 15 I AGG) Schadensersatz verlangen. Die Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes bestimmt sich nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung. Das heißt, der Arbeitgeber muss den betroffenen Arbeitnehmern, die vorzeitig in die Rente eintreten sollen, die Leistungen nach dem Vorruhestandsmodell genau so lange erbringen, wie den Arbeitnehmern, die nicht über die Möglichkeit des vorzeitigen Renteneintritts verfügen.

Auch verwandte Rechtsfälle sind dabei mit in die Betrachtung einzubeziehen und angesichts des europäischen Rechtsumfeldes kritisch zu hinterfragen. Zu nennen sind diesbezüglich in erster Linie die Entscheidungen des BAG vom 18.5.2006 (NZA 2007, 103) zu einer **tariflichen Überbrückungshilfe** und vom 26.5.2009 (NZA 2009, 849) zu einer **gestaffelten Sozialplanabfindung infolge Altersdifferenzierung**.

1. Überbrückungshilfe

Die tarifvertragliche Überbrückungshilfe im erstgenannten Fall erachtet der VI. Senat trotz einer festgestellten mittelbaren Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen für rechtlich unbedenklich. Die Regelung stelle darauf ab, ob die Voraussetzungen für den Bezug eines vorzeitigen Altersruhegeldes vorlägen oder nicht. Sie erfasse neben der vorzeitigen Altersrente für Frauen weitere vorzeitige Altersrenten, die zum Ausschluss der Überbrückungshilfe führten. Während § 237a SGB VI nur Frauen die Möglichkeit der vorgezogenen Inanspruchnahme der Altersrente biete, erfassten die anderen anspruchsausschließenden Rententatbestände Frauen und Männer. Der von der Klägerin geltend gemachte Nachteil ergebe sich somit mittelbar aus den rentenrechtlichen Bestimmungen. Statistisch dürften Frauen dabei wesentlich häufiger betroffen sein als Männer. Die Differenzierung verstoße jedoch nicht gegen das Entgeltbenachteiligungsverbot

des § 612 III BGB aF (nunmehr § 2 I Nr. 2 AGG). Sie sei sachgerecht, weil der die Überbrückungsbeihilfe nach dem Tarifvertrag kennzeichnende sozialpolitische Überbrückungszweck lediglich bis zum Eintritt der Rentenberechtigung fortbestehe. Die Überbrückungsbeihilfe solle die Wiedereingliederung der entlassenen Arbeitnehmer unterstützen. Sie diene dazu, diesen Arbeitnehmern für einen Übergangszeitraum laufende Einkünfte nach einer Bemessungsgrundlage zu gewährleisten, die auf die tarifvertragliche Grundvergütung Bezug nehme. Nach ihrem Zweck solle die Überbrückungsbeihilfe nur solange gewährt werden, wie sie für eine Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in den Arbeitsprozess notwendig sei. Hieran fehle es jedoch, wenn der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für den Bezug eines vorgezogenen Altersruhegeldes erwerbe. Den Tarifvertragsparteien stünde es im Rahmen ihrer Tarifautonomie frei, Ansprüche auf Zahlung einer Überbrückungsbeihilfe davon abhängig zu machen, ob eine Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in den Arbeitsprozess notwendig sei, oder auf Grund der Möglichkeit des Bezugs eines vorgezogenen Altersruhegeldes und der damit verbundenen Sicherung des Lebensunterhalts von der Zahlung einer Überbrückungsbeihilfe abzusehen. Dementsprechend sei es in der Rechtsprechung anerkannt, dass Leistungen, die einen sozialen Bezug aufwiesen und Risiken des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt ausgleichen sollten, zulässigerweise dann entfallen könnten, wenn der ehemalige Arbeitnehmer zum Bezug eines Altersruhegeldes berechtigt sei. Derartige Leistungen knüpften an den Umstand an, dass mit der Möglichkeit des Bezugs einer vorgezogenen oder regulären Altersrente das Bedürfnis für die Unterstützung der Wiedereingliederung entfallen sei. Dass mit der Besserstellung der Arbeitnehmer (früherer Renteneintritt) auch Nachteile (geminderte Rentenhöhe) verbunden seien, beruhe auf der Entscheidung des Gesetzgebers, zu deren Kompensation die Tarifvertragsparteien im Rahmen der ihnen zustehenden Tarifautonomie nicht verpflichtet seien. Die unterschiedliche Behandlung weiblicher und männlicher Versicherter hinsichtlich der Altersgrenze für den Bezug des Altersruhegeldes beruhe auf einer typisierenden Betrachtungsweise des Gesetzgebers. Sie stelle keine durch das europäische Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung dar und sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Gestaffelte Sozialplanabfindung

Im zweitgenannten Fall stellt der I. Senat die Zulässigkeit einer nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelten Abfindungsregelung im Sozialplan fest. Die Betriebsparteien dürfen für rentenberechtigte Arbeitnehmer Sozialplanleistungen reduzieren oder ganz ausschließen. Die damit verbundene unterschiedliche Behandlung wegen des Alters sei durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Diese Regelung sei, soweit sie den Betriebsparteien die Differenzierung von Sozialplanleistungen nach der Betriebszugehörigkeit gestatte, konform mit Gemeinschaftsrecht. Sie stehe im Einklang mit Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG. Der deutsche Gesetzgeber verfolge mit der Regelung in § 10 S. 3 Nr. 6

AGG ein legitimes sozialpolitisches Ziel. Es entspreche einem allgemeinen sozialpolitischen Interesse, dass Sozialpläne danach unterscheiden könnten, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohten, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlor. Die den Arbeitnehmern durch den Verlust ihres Arbeitsplatzes drohenden Nachteile würden maßgeblich dadurch bestimmt, welche Aussichten sie hätten, alsbald einen neuen vergleichbaren Arbeitsplatz zu finden. Der deutsche Gesetzgeber habe in § 10 S. 3 Nr. 6 AGG die „wesentlich vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt“ ausdrücklich als den für die Regelung maßgeblichen Gesichtspunkt benannt. Indem er den Betriebsparteien die Möglichkeit eröffne, bei Abfindungen nach Lebensalter und Betriebszugehörigkeit zu differenzieren, wolle er ersichtlich der Tatsache Rechnung tragen, dass ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten hätten als jüngere. Daher halte er es für gerechtfertigt, ältere Arbeitnehmer im Falle des Verlustes ihres bisherigen Arbeitsplatzes durch höhere Abfindungen wirtschaftlich stärker abzusichern. Darin liege ein rechtmäßiges, im Allgemeininteresse stehendes sozialpolitisches Ziel.

Das gewählte Mittel sei iS von Art. 6 I 1 Richtlinie 2000/78/EG zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich. Da für Sozialpläne regelmäßig nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung stünden, sei es erforderlich, den Betriebsparteien eine ungleichmäßige Verteilung dieser Mittel sowie die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer zu gestatten. Die Steigerung der Abfindungen von Arbeitnehmern mit längerer Betriebszugehörigkeit führe typischerweise zur Begünstigung älterer Arbeitnehmer. Die damit verbundene Ungleichbehandlung jüngerer Arbeitnehmer sei unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels angemessen.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Regelung in § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gestatte die im Sozialplan normierte, an die Betriebszugehörigkeit anknüpfende Berechnungsformel. Die damit typischerweise verbundene mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer stelle keine unzulässige Altersdiskriminierung dar. Auch die Altersgruppendifferenzierung sei durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Die Vorschrift sei auch insoweit gemeinschaftsrechtskonform, als sie den Ausschluss von Sozialplanleistungen ermögliche, wenn Arbeitnehmer, gegebenenfalls nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen könnten. Die gesetzliche Regelung sei mit der Richtlinie 2000/78/EG vereinbar. Die Differenzierung zwischen „rentenfernen“ und „rentennahen“ Jahrgängen sei iS von Art. 6 I 1 der Richtlinie 2000/78/EG objektiv und angemessen und im Rahmen des deutschen Rechts durch ein legitimes sozialpolitisches Ziel gerechtfertigt. Auch das Mittel zur Erreichung dieses Ziels sei angemessen und erforderlich.

Die Praxis muss die gegenläufigen Leitlinien der Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen. In den Unternehmen sind bestehende Regelungssysteme auf Risiken zu prüfen, die aus einer ungerechtfertigten Gleichbehandlung

resultieren können. Eine Anpassung der bestehenden Systeme wird ohne erheblichen finanziellen Aufwand, der sich aus dem Zwang zur Gleichstellung und damit Meistbegünstigung ergibt, in der Regel nicht möglich

sein. Dementsprechend ist der Fokus unter Beachtung der nationalen und europarechtlichen Vorgaben auf die rechtssichere Gestaltung neu aufzulegender Vorruhestandsmodelle zu legen. ■

Anträge im Beschlussverfahren

RA Klaus Müller-Knapp, Müller-Knapp, Hjort, Brinkmeier, Hamburg

Der Beitrag zeigt, worauf man bei Anträgen im Beschlussverfahren besonders zu achten hat. Es können nicht alle denkbaren Anträge besprochen werden. Vielmehr werden praxisbezogen die wichtigsten Prüfungspunkte und Anträge beschrieben.

I. Formalien

Das Beschlussverfahren wird durch einen **Antrag** eingeleitet („Antrag auf Einleitung eines Beschlussverfahrens“). Die Prozessparteien heißen **Beteiligte**, die fortlaufend nummeriert werden. Der Initiator des Verfahrens wird als **Antragsteller** bezeichnet. Antragsgegner gibt es jedoch im Beschlussverfahren nicht (BAG, NZA 1999, 1235).

II. Antragsbefugnis

Im Rahmen der Antragsbefugnis ist zunächst auf die differenzierte Zuständigkeitsabgrenzung zwischen **Betriebsrat (BR)**, **Gesamtbetriebsrat** (s. § 50 BetrVG) und **Konzernbetriebsrat** (s. § 58 BetrVG) zu achten. Es können bei einem einheitlichen Sachverhalt wie zB bei einer Betriebsänderung iSv § 111 BetrVG **unterschiedliche Zuständigkeiten** in Betracht kommen. So kann der Gesamtbetriebsrat für den Interessenausgleich, der BR jedoch für den Sozialplan zuständig sein (BAG, NZA 2002, 688).

Als weitere Antragsteller nach dem BetrVG kommen der **Arbeitgeber**, die **Gewerkschaft** (zB nach § 23 III BetrVG) oder **einzelne Arbeitnehmer** (zB nach § 19 II BetrVG) in Betracht. Der BR kann nicht für den einzelnen Arbeitnehmer dessen Rechte nach dem BetrVG geltend machen, allenfalls im Ausnahmefall, soweit das BetrVG Rechte einzelner Arbeitnehmer mit kollektivem Bezug begründet, so zB nach § 81 IV 3 BetrVG (BAG, NZA 2005, 416) oder nach § 75 BetrVG.

III. Einstweilige Verfügung

1. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

Häufig ist zur Sicherung der Mitbestimmungsrechte ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlich. Diese ist nach § 85 II 1 ArbGG auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zulässig. Der Antrag ist begründet, wenn ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund bestehen. Mit **Verfügungsanspruch** ist der materiellrechtliche Anspruch gemeint,

Verfügungsgrund ist die Eilbedürftigkeit in Hinblick auf die Gefährdung der Mitbestimmung. Sie ergibt sich aus der eingetretenen oder unmittelbar bevorstehenden Störung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung. Für die Frage der Eilbedürftigkeit ist der einstweiligen Verfügung die letztinstanzliche Entscheidung im Hauptsacheverfahren gegenüberzustellen, wodurch deutlich wird, welche große praktische Bedeutung das Eilverfahren für Beschlussverfahren hat.

Nach herrschender Rechtsprechung fehlt es an einem Verfügungsgrund, wenn mit dem Antrag zu lange gewartet wird. Allerdings gibt es im BetrVG **keine Verwirkung von Mitbestimmungsrechten** (BAG, NZA 2008, 188). Plausible Gründe für ein Zuwarten müssen also berücksichtigt werden.

2. Muster für den Fall der Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 I 2 BetrVG

Für den von uns vertretenen Antragsteller (BR) beantrage ich,

- 1. der Beteiligten zu 2. im Wege der einstweiligen Verfügung, der Dringlichkeit halber ohne mündliche Verhandlung, aufzugeben, es zu unterlassen, die Mitarbeiter des Werks ... an einem Samstag zu beschäftigen, solange die Zustimmung des BR hierzu nicht vorliegt oder ersetzt worden ist, es sei denn, es liegt ein unvorhersehbarer Notfall vor,*
- 2. der Beteiligten zu 2. für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Ordnungsgeld bis zu 250.000 Euro anzudrohen.*

IV. Antrag auf Unterlassung oder Vornahme einer Handlung

Sofern die Möglichkeit besteht, zwischen einem Antrag auf Unterlassung und einem Antrag auf Vornahme einer Handlung zu wählen, sollte wegen der besseren Durchsetzbarkeit ein Antrag auf Unterlassung gestellt werden. Ein Antrag auf Vornahme einer Handlung wird nämlich durch **Zwangsgeld** durchgesetzt, welches jedoch selbst im Falle einer gerichtlichen Festsetzung entfällt, wenn die begehrte Handlung nachträglich vorgenommen wird.

Demgegenüber wird ein Unterlassungsantrag mittels **Ordnungsgeld** durchgesetzt. Hierfür ist eine vorherige gerichtliche Androhung erforderlich, die jedoch schon

mit dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz beantragt werden kann.

Praxistipp: So kann ggf. statt eines Antrags nach § 101 BetrVG auf Aufhebung einer schon durchgeführten personellen Maßnahme der Einstellung auch ein Antrag auf zukünftige Unterlassung von Einstellungen ohne vorherige Zustimmung des BR gestellt werden, verbunden mit dem Antrag auf Androhung von Ordnungsgeld für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung.

V. Vergangenheits- oder zukunftsorientiert

Grundsätzlich sind die Anträge auf ein **zukünftiges** Tun oder Unterlassen auszurichten. Zwar sind auch im Beschlussverfahren Feststellungsanträge zulässig. Für eine auf die Vergangenheit gerichtete Feststellung, aus der sich keinerlei Rechtsfolgen für die Zukunft mehr ergeben können, besteht jedoch regelmäßig kein Rechtsschutzbedürfnis (BAG, NZA 2004, 752). Auch ein Interesse des BR an einer Dokumentation der begangenen Verstöße, um damit ein Verfahren nach § 23 III BetrVG vorzubereiten, reicht hierfür nicht (BAG, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 35).

Wenn der Arbeitgeber eine Einstellung ohne die erforderliche Mitwirkung des BR nach § 99 BetrVG vorgenommen hat, kann der BR nicht die **nachträgliche Beteiligung** an der durchgeführten Maßnahme verlangen (BAG, NZA 2004, 752). Ein Feststellungsantrag muss sich immer auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines aktuellen Rechtsverhältnisses richten. Strittige Elemente oder Vorfragen reichen hierfür nicht aus.

VI. Bestimmtheitserfordernis

Im Antrag müssen die Handlungen, die die Gegenseite vornehmen oder unterlassen soll, so konkret bezeichnet sein, dass sie erkennen kann, was zu tun oder zu unterlassen ist. Allein die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe führt aber noch nicht zur Unbestimmtheit und damit zur Unzulässigkeit des Antrags. So fand das BAG den Antrag, den BR über künftige „Informations- und Bildungsveranstaltungen“ rechtzeitig vorher zu unterrichten, zu unbestimmt, nicht dagegen einen Antrag, der zB auf künftige „Informationsveranstaltungen gleicher Art wie derjenigen vom 02.06.1977“ Bezug nimmt.

Für Anträge nach § 23 III BetrVG wird das Erfordernis der konkreten Bezeichnung der vorzunehmenden bzw. zu unterlassenden Handlung zum Teil abgelehnt, weil so der Zweck der Sicherung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung nicht erreicht werden könne. Ein mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässiger **Leistungsantrag** kann ggf. **in einen Feststellungsantrag umgedeutet** werden, an den hinsichtlich der Bestimmtheit geringere Anforderungen zu stellen sind (BAG, NZA 2006, 167).

Sogenannte **Globalanträge**, mit denen die Unterlassung einer bestimmten Handlung für viele denkbare

Fallgestaltungen begehrt werden, sind nur dann begründet, wenn die Unterlassung für alle erfassten Fallgestaltungen zu Recht verlangt werden kann. Ist diese Voraussetzung auch nur teilweise nicht gegeben, ist der Antrag im Ganzen als unbegründet zurückzuweisen, soweit nicht dem Antrag selbst verschiedene Teilziele zu entnehmen sind, denen stattgegeben werden kann.

VII. Verfahren wegen Verletzung gesetzlicher Pflichten durch den Arbeitgeber

1. Verfahren nach § 23 III BetrVG

Die Vorschrift des § 23 III BetrVG gilt als Standardinstrument des BR zur Durchsetzung seiner Rechte. Sie ist keine abschließende Regelung, die andere Ansprüche des Betriebsrats ausschließt.

Folgende Besonderheiten sind beim Antrag nach § 23 III BetrVG im Vergleich zu anderen Ansprüchen zu beachten:

- § 23 III BetrVG sichert die künftige Beachtung der Mitbestimmungsrechte des BR. Diese Vorschrift stellt weder einen Anspruch auf Rückgängigmachung einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme dar, noch einen Anspruch auf Beseitigung eines mitbestimmungswidrigen Zustands. Diese Ansprüche können sich aber im Zusammenhang mit dem allgemeinen Unterlassungsanspruch ergeben.
- Die Vorschrift des § 23 III BetrVG setzt voraus, dass der Arbeitgeber bereits gegen seine Verpflichtungen nach dem BetrVG verstoßen hat, und zwar in grobem Maße. Nach dieser Vorschrift kann Unterlassung nicht schon dann verlangt werden, wenn ein Verstoß des Arbeitgebers erst bevorsteht.
- Anders als der allgemeine Unterlassungsanspruch setzt § 23 III BetrVG keine Wiederholungsgefahr voraus.

- Nach § 23 III BetrVG beträgt das Höchstmaß des Ordnungsgeldes bzw. Zwangsgeldes 10.000 Euro. Demgegenüber gilt beim allgemeinen Unterlassungsanspruch für das Ordnungsgeld ein Höchstsatz von 250.000 Euro bzw. Ordnungshaft bis zu zwei Jahren.

Die Vorschrift des § 23 III BetrVG stellt eine kollektivrechtliche Abmahnung des Arbeitgebers dar, die die Mitbestimmung des BR nach einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten in der Vergangenheit mit dem Ziel der Vorbeugung gegen zukünftige Verstöße sichern soll.

Die Vorschrift betrifft nur Verpflichtungen des Arbeitgebers, die im BetrVG begründet sind – nicht in anderen Gesetzen. Von der Vorschrift erfasst sind aber auch Pflichten, die sich aus Betriebsvereinbarungen ergeben.

2. Muster

Für den von uns vertretenen Antragsteller (BR) beantrage ich,

1. der Beteiligten zu 2. aufzugeben, es zu unterlassen, gegenüber Mitarbeitern in der Abteilung ... Über-

stunden anzuordnen oder von ihnen dulgend entgegenzunehmen, solange die Zustimmung des BR hierzu nicht vorliegt oder durch die Einigungsstelle ersetzt worden ist,

2. der Beteiligten zu 2. für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 10.000 Euro anzudrohen.

VIII. Unterlassungsantrag bei Verstößen gegen Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG

1. Voraussetzungen für den Antrag

Dem BR steht bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassung einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu. Dies hat das BAG 1994 anerkannt (BAG, NZA 1995, 8), während es bis dahin davon ausgegangen war, dass die Vorschrift des § 23 III BetrVG einen solchen allgemeinen Unterlassungsanspruch des BR ausschließe. Der Unterlassungsanspruch setzt ein Verhalten des Arbeitgebers voraus, durch das ein **Mitbestimmungsrecht des BR gegenwärtig oder künftig verletzt** wird. Voraussetzung ist also zum einen die Mitbestimmungswidrigkeit eines Verhaltens und zum anderen eine Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsfahr. Im Gegensatz zu § 23 III BetrVG kann ein solcher Antrag auch rein vorbeugend gestellt werden. In diesem Zusammenhang gibt es auch einen Beseitigungsanspruch in Bezug auf bereits eingetretene Folgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens (BAG, NZA 1999, 49).

Die erforderliche **Wiederholungsfahr** ist durch einen begangenen Verstoß indiziert. Dann spricht nämlich eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholung. Näherer Darlegungen hierzu bedarf es nicht, solange nicht besondere Umstände des Einzelfalls eine nochmalige Verletzung des Mitbestimmungsrechts unwahrscheinlich machen.

Der Unterlassungsantrag muss sich auf **ausreichend bestimmte konkrete Handlungen** des Arbeitgebers

beziehen. Unklarheiten über den Inhalt einer Verpflichtung dürfen nicht aus dem Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden.

Ein sogenannter **Globalantrag** kann zulässig sein, muss dann aber für alle vom Antrag erfassten Fallgestaltungen begründet sein. Anderenfalls ist der Antrag insgesamt als unbegründet zurückzuweisen. Das Gericht darf nicht dahin erkennen, dass der geltend gemachte Anspruch unter einschränkenden Voraussetzungen gegeben ist, die sich dem Antrag nicht entnehmen lassen. Das bedeutet, dass Fallgestaltungen, für die die Unterlassungsverpflichtung nicht besteht, im Antrag ausdrücklich ausgenommen werden müssen. Zu denken ist beispielsweise an entgegenstehende tarifliche Regelungen oder Regelungen in einer Betriebsvereinbarung, an tendenzbedingte Maßnahmen, an Einzelfallmaßnahmen oder an Notfallmaßnahmen.

Unterlassungsansprüche kommen für die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht in Betracht. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nur für Beschlüsse in vermögensrechtlichen Streitigkeiten angeordnet. Die Vollstreckung setzt also einen rechtskräftigen Beschluss voraus und ist zulässig, wenn der Arbeitgeber nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Beschlusses schuldhaft gegen die Unterlassungsverpflichtung verstößt. Diese Vollstreckung findet nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag statt.

2. Muster

Für den von uns vertretenen Antragsteller (BR) beantrage ich,

1. der Beteiligten zu 2. aufzugeben, es zu unterlassen, anzuordnen, zu vereinbaren oder zu dulden, dass Mitarbeiter der Abteilung Finanz- und Rechnungswesen in der Zeit zwischen 19.00 und 7.00 Uhr des Folgetages arbeiten,
2. der Beteiligten zu 2. für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gem. Ziff.1 ein Ordnungsgeld anzudrohen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. ■

Rechtsprechung

BAG: Tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten

RL 2000/78/EG Art. 2 V, 4 I, 6 I; GG Art. 3; AGG §§ 8, 10; TzBfG § 14 I

Der Senat möchte vom EuGH wissen, ob europarechtliche Vorgaben einem Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung zu tariflichen Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten nach Inkrafttreten des AGG entgegenstehen. (red. Leitsatz)

BAG, Beschluss vom 17.06.2009 – 7 AZR 112/08 (LAG Hessen 15.10.2007 – 17 Sa 809/07), BeckRS 2009, 73734

Sachverhalt

Die drei 1946 bzw. 1947 geborenen Kläger sind als Flugkapitäne bei der beklagten Fluggesellschaft beschäftigt. Auf die Arbeitsverhältnisse finden kraft beiderseitiger Tarifbindung, aber auch kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme, die für das Cockpit-Personal der Beklagten geltenden Tarifverträge Anwendung. § 19 I 1 MTV Nr. 5a für das Lufthansa-Cockpit-Personal lautet in der ab 14.01.2005 geltenden Fassung:

„(1) Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem das 60. Lebensjahr vollendet wird.“

Die auf Grund dieser Altersgrenze ausscheidenden Flugzeugführer erhalten bis zum Erreichen des gesetzlichen Rentenalters auf Grund eines Tarifvertrags eine Übergangsversorgung. Die Kläger haben beantragt, (1) festzustellen, dass ihre Arbeitsverhältnisse nicht mit Erreichen des jeweiligen 60. Lebensjahres geendet haben und (2), dass sie zu unveränderten Arbeitsbedingungen über die jeweiligen Befristungszeitpunkte hinaus als Flugkapitäne weiterzubeschäftigen sind. ArbG und LAG haben die Klagen abgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter.

Entscheidung

Nach Auffassung des Senats hängt die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung von Art. 2 V, Art. 4 I und Art. 6 I 1 der Richtlinie 2000/78/EG ab. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG zu der vor Inkrafttreten des AGG geltenden Rechtslage seien tarifvertragliche oder einzelvertragliche Altersgrenzenregelungen wie diejenige in § 19 I 1 MTV Nr. 5a wirksam. Es liege ein sachlicher Grund iSv § 14 I 1 TzBfG vor, da die Altersgrenze der Gewährleistung der Sicherheit des Flugverkehrs diene. § 19 I 1 MTV Nr. 5a verstoße auch nicht gegen Art. 3 I GG. Nach Inkrafttreten des AGG könne jedoch eine gemeinschaftskonforme Auslegung von § 14 I 1 TzBfG geboten sein, die die Unwirksamkeit der tarifvertraglichen Altersgrenze von

60 Jahren für Piloten zur Folge habe. Diese Auslegung sei jedoch dem EuGH vorbehalten.

Praxishinweis

Der Vorlagebeschluss überrascht. In seiner Entscheidung vom 21.07.2004 (NZA 2004, 1352) hatte der Senat festgestellt, dass eine solche Altersgrenze keine Diskriminierung iS der Richtlinie 2000/78/EG enthalte; Art. 6 I 1 der Richtlinie 2000/78/EG lasse Ungleichbehandlungen wegen des Alters zu, sofern sie objektiv und angemessen, im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien. Dazu hieß es apodiktisch: „Das ist bei der Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten der Fall.“

Auch in seinem Vorlagebeschluss weist der Senat auf die für Flugzeugführer vom Bundesministerium für Verkehr im Bundesanzeiger bekannt gemachte Fassung der Bestimmungen über die Lizenzierung von Piloten von Flugzeugen (*JAR-FCL 1 deutsch*) vom 15.04.2003 hin. Dabei handelt es sich um ein unter deutscher Beteiligung erarbeitetes Regelwerk einer internationalen Institution, den Joint-Aviation-Authorities (*JAA*). Nach *1.060 JAR-FCL* darf der Inhaber einer Lizenz nach Vollendung des 60. Lebensjahres nicht mehr als Pilot von Flugzeugen bei der gewerbsmäßigen Beförderung eingesetzt werden, es sei denn, er sei Mitglied einer Flugbesatzung, die aus mehreren Piloten bestehe und die anderen Piloten hätten das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet. Das zeige, dass der Einsatz von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres bei öffentlichen Behörden und in internationalen Fachkreisen nach wie vor als problematisch angesehen werde und es deshalb einen sachlichen Grund für die entsprechende Befristung der Arbeitsverhältnisse gebe.

Das die Ungleichbehandlung nach Art. 4, 6 der Richtlinie 2000/78/EG und §§ 8 I, 10 S. 1 AGG rechtfertigende Ziel muss mE nicht vom Gesetzgeber selbst, sondern kann auch von den Tarifpartnern festgelegt werden (vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*; AGG, 2. Aufl., § 10 Rn. 20). Art. 2 V, 4 I, 6 I der Richtlinie 2000/78/EG können nicht dahingehend interpretiert werden, dass nur Ziele sozialpolitischer Art legitim seien. Ein legitimes Ziel muss auch dann vorliegen, wenn es wie hier um den Schutz von Leib und Leben der Passagiere, der Besatzung sowie der Menschen in den überflogenen Gebieten geht.

RA Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz, Stuttgart ■

BAG: Weitergeltung transformierter tariflicher Normen nach Betriebsübergang

BGB §§ 611, 613 a I; TVG §§ 3 I, 4 III

1. **Sämtliche zwischen Betriebsveräußerer und Arbeitnehmer normativ wirkende Tarifnormen werden durch § 613 a I 2 BGB in das Arbeitsverhältnis zwischen Betriebserwerber und Arbeitnehmer transformiert. Sie behalten ihren kollektivrechtlichen Charakter und gelten einseitig zwingend als Mindestarbeitsbedingungen.**
2. **Die Bindung des nicht tarifgebundenen Erwerbers an die transformierten Normen entspricht der eines aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ausgetretenen Arbeitgebers nach § 3 III TVG. Das Ende der Sperrfrist nach § 613 a I 2 und 4 BGB entspricht dem Ende des nachbindenden Tarifvertrags. (red. Leitsätze)**

*BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 4 AZR 100/08
(LAG Düsseldorf 15.11.2007 – 11 Sa 1275/07),
BeckRS 2009, 73426*

Sachverhalt

Kraft beiderseitiger Tarifbindung fand auf das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein VerbandsTV Anwendung. Noch vor Betriebsübergang schloss der Arbeitgeber mit der zuständigen Gewerkschaft einen SanierungsTV, der einen Entgeltverzicht der Beschäftigten vorsah. Zum Ende des zweiten Monats nach dem zwischenzeitlich erfolgten Betriebsübergang kündigte die Gewerkschaft gegenüber dem Betriebsveräußerer den SanierungsTV fristgerecht. Eine Nachwirkung des SanierungsTV war ausgeschlossen. Für die Zeit nach Betriebsübergang macht der Arbeitnehmer gegenüber dem nicht tarifgebundenen Erwerber, der auf Basis des SanierungsTV abgerechnet hat, die (höheren) Vergütungsansprüche aus dem VerbandsTV geltend. Die Zahlungsklage blieb in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg.

Entscheidung

Das BAG hat der Revision stattgegeben. Nach seiner Ansicht ist der SanierungsTV nur bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist maßgeblich. Danach richte sich der Vergütungsanspruch des Klägers in der Höhe nach dem VerbandsTV.

Bei einem Betriebsübergang werde der gesamte Bestand der geltenden Tarifnormen, hier die des Verbands- und des SanierungsTV, in das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Erwerber gem. § 613 a I 2 BGB transformiert. Die beiden Tarifverträge behielten ihren kollektivrechtlichen Charakter auch nach Betriebsübergang. Der Erwerber sei an die transformierten Regelungen in einer Weise gebunden, die der Nachbindung des aus einem tarifschließenden Arbeitgeber-

verband ausgetretenen Arbeitgebers gem. § 3 III TVG entspreche, wobei der Ablauf der Jahresfrist nach § 613 a I 2 BGB einer Fiktion des Endes der Nachbindung durch Tarifvertragsänderung gleichkomme. Mit Ende des Tarifvertrags aufgrund Kündigung oder Fristablauf, ende auch die zwingende Wirkung im Erwerberbetrieb (vgl. § 613 a I 4 BGB). Die transformierten Tarifnormen seien dann im Erwerberbetrieb einvernehmlicher Änderung zugänglich. Sei, wie vorliegend, im transformierten (Sanierungs-)Tarifvertrag dessen Nachwirkung ausgeschlossen, bewirke das Ende dieses Tarifvertrags nicht den Eintritt der Abänderbarkeit, sondern den ersatzlosen Wegfall der transformierten Tarifnormen. Für die Zeit nach Kündigung des SanierungsTV sei daher der VerbandsTV zugrunde zu legen.

Praxisinweis

Die Grundsatzentscheidung klärt den Rechtscharakter transformierter tariflicher Regelungen. Aufgrund weiter gegebenen kollektivrechtlichen Charakters ergibt sich eine Parallele zu Nachbindung und Nachwirkung eines Tarifvertrags. Die transformierten Normen teilen damit weitgehend das Schicksal des ihnen zugrunde liegenden Tarifvertrags. Endet ein Tarifvertrag aufgrund Fristablauf oder Kündigung vor Ablauf der Jahresfrist, so entfällt auch seine zwingende Wirkung im Erwerberbetrieb (§ 613 a I 4 BGB). Endet dieser ohne Nachwirkung, entfällt die transformierte Regelung, wirkt der Tarifvertrag dagegen nach, hat die transformierte Regelung weiter Bestand, ist aber abänderbar. Eine Kündigung des Tarifvertrags durch eine Tarifvertragspartei hat damit in jedem Fall Auswirkungen auf die übergebenen Arbeitsverhältnisse.

Nachdem bei einem FirmenTV nach Betriebsübergang die Gestaltungshoheit bei den ursprünglichen Tarifvertragsparteien verbleibt, besteht aus Arbeitnehmersicht die Gefahr, dass der Veräußerer den Firmentarifvertrag kündigt, um dem Erwerber die Änderung von Arbeitsbedingungen zu ermöglichen oder diese bei ausgeschlossener Nachwirkung ganz zum Wegfall zu bringen. Die Arbeitnehmerrechte können dagegen zB durch eine Vereinbarung im Unternehmenskaufvertrag gesichert werden, wonach sich der Erwerber verpflichtet, den am Stichtag geltenden Tarifvertrag – unabhängig von dessen Fortbestand – gegenüber den übernommenen Arbeitnehmern weiter anzuwenden (vgl. BAG, BeckRS 2005, 43279).

*RA, FAArbR Wolfgang Manske und
RA Christian Sperber, M.A.,
Manske & Partner, Nürnberg*

BAG: Eingruppierung bei Aufeinanderfolge zweier Arbeitsverhältnisse mit unveränderter Tätigkeit

BetrVG § 99

Einem erneuten Zustimmungersuchen nach § 99 I BetrVG zur Eingruppierung eines Arbeitnehmers fehlt bei der Aufeinanderfolge von zwei Arbeitsverhältnissen bei unveränderter Tätigkeit und Vergütungsordnung die Grundlage. (amtl. Leitsatz)

*BAG, Urteil vom 01.07.2009 – 4 ABR 18/08
(LAG Baden-Württemberg 11.10.2007 – 19 TaBV 10/06),
BeckRS 2009, 73696*

Sachverhalt

Die Arbeitgeberin und der bei ihr gewählte Betriebsrat streiten um die Eingruppierung einer Beschäftigten in das Entgeltgruppensystem des TVöD-VKA. Die Beschäftigte wurde befristet in einer Wäscherei ua für Tätigkeiten an der Kleinmangelmaschine eingestellt. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung zur Eingruppierung in Entgeltgruppe 1 des TVöD. Ein beim ArbG eingereichter Antrag auf Ersetzung der Zustimmung blieb erfolglos. Die Arbeitgeberin legte Beschwerde beim LAG ein. Noch während des Laufs des Beschwerdeverfahrens wurde das Arbeitsverhältnis bei unveränderter Tätigkeit in ein unbefristetes umgewandelt. Hierbei beantragte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat erneut die Zustimmung zur Einstellung und Umgruppierung, der Betriebsrat versah das Antragsformular mit den Worten „Der Betriebsrat stimmt zu“. Schließlich wies das LAG die Beschwerde zurück.

Entscheidung

Das BAG wies die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde zurück. Nach Auffassung des BAG bezieht sich das letzte Zustimmungersuchen lediglich auf die unbefristete Einstellung. Einem erneuten Zustimmungersuchen zur Eingruppierung fehle die Grundlage. Zwar habe ein Arbeitgeber gemäß § 99 BetrVG bei jeder Einstellung eine Zuordnung zu einer Entgeltgruppe vorzunehmen. Auch liege bei einem Übergang von einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine Neueinstellung vor. Einer erneuten Eingruppierung bedürfte es aber dann nicht, wenn bei einem Aufeinanderfolgen von zwei Arbeitsverhältnissen keine neue Tätigkeit aufgenommen wird und die Vergütungsordnung unverändert bleibt.

Daher könne ein Arbeitgeber, der nach einer verweigten Zustimmung bereits ein Zustimmungersetzungsverfahren eingeleitet hat, keine weitere Zustimmungsersetzung beantragen. Gegenstand des eingeleiteten Verfahrens sei gerade die Frage, ob die beabsichtigte

Eingruppierung gegenwärtig und zukünftig zutreffend ist. Der Arbeitgeber könne daher das bisherige Zustimmungersetzungsverfahren weiter betreiben, solange der Betriebsrat nicht zugestimmt hat. Eine Zustimmung zur ursprünglichen Eingruppierung sei vorliegend aber nicht erfolgt. Der bloß formelhaft erteilten Zustimmung zum zweiten Eingruppierungsverlangen könne nicht hinreichend deutlich entnommen werden, dass sie sich auch auf die ursprünglich begehrte Eingruppierung erstrecken sollte.

Den Zustimmungersetzungsantrag hält das BAG für unbegründet. Habe ein Arbeitnehmer mehrere Teiltätigkeiten auszuüben, seien diese jeweils einzeln auf ihre Zuordnung zu einer bestimmten Entgeltgruppe zu überprüfen. Teiltätigkeiten, die die Merkmale derselben Entgeltgruppe erfüllen, seien zusammenzurechnen. Ergäben sie mindestens die Hälfte der auszuübenden Gesamttätigkeit, sei der Beschäftigte in die entsprechende Entgeltgruppe einzugruppieren. Die übrigen Teiltätigkeiten blieben unberücksichtigt, sofern diejenigen unter ihnen, die höheren Entgeltgruppen zuzuordnen sind, nicht ihrerseits zusammengerechnet einen Umfang von 50% der Arbeitszeit ausmachten. Nach Auffassung des BAG können die von der Beschäftigten in der Wäscherei ausgeübten Tätigkeiten nicht in Entgeltgruppe 1 TVöD eingeordnet werden. Die Beschäftigte sei mit Tätigkeiten betraut, die nicht mehr als einfachste Tätigkeiten als „Hausarbeiter/Hausarbeiterin“ iSd Entgeltgruppe 1 des TVöD angesehen werden könnten.

Praxishinweis

Das BAG bestätigt mit der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur Eingruppierung nach § 99 BetrVG und entwickelt diese in Bezug auf zwei aufeinanderfolgende Arbeitsverhältnisse mit unveränderter Tätigkeit fort. Aus Praxissicht wichtig für den Arbeitgeber ist, dass er eine Zustimmung des Betriebsrats zu einem erneuten Eingruppierungsersuchen nicht ohne Weiteres dahingehend verstehen kann, dass sie sich auch auf einen vorherigen, verweigten Zustimmungsantrag bezieht – auch dann nicht, wenn ein vormals befristetes Arbeitsverhältnis bei unveränderter Tätigkeit und Vergütungsordnung nunmehr unbefristet fortgesetzt werden soll. Der Arbeitgeber kann dies nur dann annehmen, wenn der Betriebsrat deutlich macht, dass er von seiner ursprünglich geäußerten Zustimmungsverweigerung abrücken möchte.

*RA, FAArbR Dr. Burkard Göpfert, LL.M. (Columbia),
Gleiss Lutz, München* ■

BAG: Schadensersatzhaftung des Arbeitgebers bei Verletzung der Rücksichtnahmepflicht

BGB § 241 II

Sieht ein Tarifvertrag bei Unterbringung eines dauerhaft zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung nicht mehr geeigneten Arbeitnehmers auf einem neuen Arbeitsplatz einen Einkommensschutz vor, kann dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 I BGB wegen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB iVm der tariflichen Einkommensschutzvorschrift zustehen, wenn der Arbeitgeber ihn nicht auf einem geeigneten freien Arbeitsplatz einsetzt. (amtl. Leitsatz)

*BAG, Urteil vom 13.08.2009 – 6 AZR 330/08
(LAG Rheinland-Pfalz 07.03.2008 – 6 Sa 735/07),
BeckRS 2009, 73559*

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche. Der Kläger ist als Feuerwehrmann beschäftigt. Auf sein Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag der Stationierungsstreitkräfte vom 16.12.1966 Anwendung. Er ist behindert mit einem GdB von 20. Seit Februar 2006 war er arbeitsunfähig. Laut ärztlichem Attest war er ab 28.08.2006 arbeitsfähig, jedoch nicht im Feuerwehrdienst einsetzbar. Der Kläger ist der Auffassung, nach Ziffer 12 des Tarifvertrags Anspruch auf Einkommensschutz zu haben. Die Tarifvorschrift sieht Einkommensschutz für Feuerwehrpersonal vor, das aufgrund eines dauerhaften Entfallens der Eignungsvoraussetzungen auf einem neuen Arbeitsplatz bei demselben Arbeitgeber untergebracht wird. Einen Anspruch auf eine solche Unterbringung regelt § 4 des SchutzTV nur für Arbeitnehmer, die aufgrund organisatorischer Maßnahmen ihren Arbeitsplatz verlieren, nicht jedoch aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr geeignet sind. Das ArbG hat der Klage stattgegeben, das LAG hat sie abgewiesen.

Entscheidung

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Das BAG verweist den Rechtsstreit an das LAG zurück. Es hat zu klären, ob dem Kläger der Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 293 BGB zusteht. Die Ungeeignetheit des Arbeitnehmers für einen bestimmten Arbeitsplatz stehe dem Annahmeverzug nicht entgegen, wenn ihm der Arbeitgeber eine andere leidensgerechte und vertragsgemäße Arbeit zuweisen könne. Der Arbeitgeber sei nur dann nicht im Annahmeverzug, wenn es nur noch Arbeiten gebe, die er dem Arbeitnehmer nicht im Wege des Direktionsrechts zuweisen könne. Aus Ziffer 12 des Tarifvertrags ergibt

sich nach Ansicht des BAG nichts anderes. Der vorge-sehene Einkommensschutz erweitere das Direktions-rechts des Arbeitgebers nicht.

Ferner hat das LAG einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 280 I BGB wegen Verletzung der Rück-sichtnahmepflicht aus § 241 II BGB iVm mit Ziffer 12 des Tarifvertrags zu prüfen. Der Anspruch setze voraus, dass der Kläger für eine Beschäftigung im Feuerwehr-dienst endgültig nicht mehr geeignet ist und im geltend gemachten Zeitraum ein Arbeitsplatz frei war, auf dem vertragsfremde, für den Kläger aber geeignete Arbeiten zu verrichten waren. Eine Verpflichtung der Beklagten, den Kläger auf einem seiner Leistungsfähigkeit ent-sprechenden geeigneten, freien Arbeitsplatz auch jen-seits der Grenzen des Direktionsrechts einzusetzen, setze jedoch die Initiative des Klägers voraus. Er müsse der Beklagten zu erkennen gegeben haben, dass er auf einem Arbeitsplatz mit vertragsfremden Tätigkeiten eingesetzt werden wolle.

Praxishinweis

Die Begründung der Entscheidung überrascht. Der Se-nat legt die tariflichen Vorschriften zur Unterbringung von Arbeitnehmern auf anderen Arbeitsplätzen und zum Einkommensschutz zunächst zutreffend so aus, dass sich daraus kein Anspruch auf Zuweisung einer arbeitsvertragswidrigen Tätigkeit ergibt. Dem Tarifver-trag ist keine Erweiterung des Direktionsrechts des Ar-beitgebers zu entnehmen. Dieses Ergebnis konterkariert der Senat jedoch durch eine sehr weitreichende An-wendung der Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 II BGB. Hat der Arbeitnehmer seine Bereitschaft zur Übernahme vertragsfremder Tätigkeiten zum Ausdruck gebracht, kann sich aus der unterlassenen Zuweisung einer solchen Tätigkeit eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers ergeben. Im Ergebnis läuft dies auf einen Anspruch auf vertragswidrige Beschäftigung hinaus, den der Senat im Rahmen seiner Tarifauslegung zu-nächst abgelehnt hat. Das BAG nähert jedenfalls unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls die Rechtslage von behinderten Arbeitnehmer derjenigen von schwerbehinderten Arbeitnehmern an, die uU aus § 81 IV SGB IX einen Anspruch auf behindertenge-rechte Gestaltung des Arbeitsplatzes herleiten können, dessen Verletzung den Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet (BAG, NZA 2006, 442).

*RA Dr. Christian Arnold, LL. M. (Yale),
Gleiss Lutz, Stuttgart*

BAG: Rückwirkender Abschluss eines Altersteilzeitvertrages

ZPO § 894 S. 1

Ein rückwirkender Vertragsschluss lässt sich durch eine Verurteilung gemäß § 894 S. 1 ZPO nicht erreichen. Nach dieser Regelung gilt die Willenserklärung des Schuldners erst mit Rechtskraft des Urteils und nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt als abgegeben. (red. Leitsatz)

*BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 608/08
(LAG Baden-Württemberg 23.06.2008 – 4 Sa 9/08),
BeckRS 2009, 74395*

Sachverhalt

Die Klägerin beantragte bei ihrer Arbeitgeberin, einer Universität, mit Schreiben vom 16.12.2006 den Abschluss eines Altersteilzeitvertrages. Dieser sollte zwar erst am 01.05.2009 beginnen, aber noch vor Ablauf des 31.12.2006 geschlossen werden. Damit wollte die Klägerin erreichen, dass sie von der im damaligen Entwurf des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vorgesehenen schrittweisen Anhebung der Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung ausgenommen wird. Die Arbeitgeberin lehnte den von der Klägerin begehrten kurzfristigen Abschluss eines Altersteilzeitvertrages ab, da sie nach den Vorgaben des Finanzministeriums Altersteilzeitverträge frühestens ein Jahr vor dem Beginn der Altersteilzeitarbeit abschließen dürfe.

Die Klägerin hat beantragt, die Arbeitgeberin zu verurteilen, ihr Angebot auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages für die Zeit vom 01.05.2009 bis zum 30.04.2015 mit Wirkung zum 22.12.2006 anzunehmen. Das ArbG hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin beim LAG hatte keinen Erfolg.

Entscheidung

Das BAG hat die Revision der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen. Es führt aus, dass der Antrag der Klägerin so zu verstehen sei, dass sie nicht nur eine Vertragsänderung mit Rückwirkung, sondern eine Rückdatierung des Änderungsvertrages, also einen rückwirkenden Vertragsschluss begehre. Die Klägerin wolle, dass ihre Arbeitgeberin verurteilt werde, die Annahmeerklärung so abzugeben, dass der Altersteilzeitvertrag als am 22.12.2006 abgeschlossen gilt. Diese Auslegung des klägerischen Antrags begründet das BAG mit dessen Wortlaut („...mit Wirkung vom

22.12.2006...“) sowie dem Begehren der Klägerin, noch in den Genuss der im RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz vorgesehenen Vertrauensschutzregelung zu kommen.

Das BAG stellt weiterhin fest, dass das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages von der Beklagten nach Ablauf des 31.12.2006 nicht mehr angenommen werden konnte. Zur Begründung führt das BAG aus, dass der Antrag der Klägerin vom 16.12.2006 auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages ersichtlich auf eine Annahme noch vor Ablauf des 31.12.2006 gerichtet gewesen sei, eben um in den Genuss der Vertrauensschutzregelung zu gelangen. Eine fristgerechte Annahme des Angebots durch die Beklagte sei nicht erfolgt.

Die von der Klägerin begehrte Rechtsfolge, so das BAG weiter, lasse sich schließlich auch nicht aus § 894 S. 1 ZPO herleiten. Die Fiktion des § 894 Satz 1 ZPO wirke nicht auf das Jahr 2006 zurück. Vielmehr gelte nach dieser Vorschrift die Willenserklärung des Schuldners erst dann als abgegeben, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist. Selbst bei einer Klage stattgebenden Entscheidung des BAG könne deshalb der Altersteilzeitvertrag frühestens im Jahr 2009 zustande kommen, nicht aber wie von der Klägerin beantragt schon am 22.12.2006.

Praxishinweis

Die Entscheidung des BAG ist schon angesichts des klaren Wortlauts des § 894 S. 1 ZPO zutreffend. Zu beachten ist aber, dass das BAG (nur) einem auf § 894 S. 1 ZPO gestützten rückwirkenden Vertragsschluss eine Absage erteilt hat. Möglich ist dagegen eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, mit der ein Vertragsangebot angenommen werden soll, das rückwirkend auf eine Vertragsänderung gerichtet ist (st. Rechtsprechung des BAG, vgl. nur BAG, NZA 2009, 565). Auf eine solche Vertragsänderung mit Rückwirkung war hier jedoch das Begehren der Klägerin nicht gerichtet. Sie wollte vielmehr einen rückwirkenden Vertragsschluss, nicht nur einen (erst mit Rechtskraft des Urteils wirksam werdenden) Vertragsschluss mit Rückwirkung.

RA Dr. Frank Merten, Gleiss Lutz, München ■

BAG: Rüge einer Rentenanpassungsentscheidung des Bochumer Verbandes durch die Interessenvertretung der Arbeitnehmer gilt nur für deren Mitglieder

BetrAVG §§ 16, 1 b I 4; Leistungsordnung des Bochumer Verbandes § 20

Rentner mit Versorgungsansprüchen des Bochumer Verbandes müssen fehlerhafte Anpassungsentscheidungen des Verbandes grundsätzlich vor dem nächsten Anpassungstichtag geltend machen, da zu diesem Stichtag der Anspruch auf Korrektur der Anpassungsentscheidung erlischt. Dabei können sie gegenüber dem Bochumer Verband durch eine Interessenvertretung auftreten. Will die Interessenvertretung auch Rechte von Nichtmitgliedern wahrnehmen, muss sie dies klar zum Ausdruck bringen. (red. Leitsatz)

*BAG, Urteil vom 10.02.2009 – 3 AZR 610/07
(LAG Düsseldorf 02.04.2007 – 14 (13) Sa 1152/06),
BeckRS 2009, 73878*

Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten als außertariflicher Angestellter beschäftigt. Die Beklagte, die Mitglied des Bochumer Verbandes ist, sagte dem Kläger eine betriebliche Altersversorgung nach der Leistungsordnung des Bochumer Verbandes (LO) zu. § 20 LO regelt, dass die laufenden Leistungen vom Verband überprüft und gegebenenfalls nach billigem Ermessen angepasst werden. Der Kläger erhielt seit 1994 eine Betriebsrente. Der Bochumer Verband beschloss zum 01.01.1997 und zum 01.01.2000 eine Rentenanpassung. Der Verband der Führungskräfte e. V. (VDF) und die IG BCE rügten mit Erfolg die Anpassungen jeweils vor dem nächsten Anpassungstichtag. Betriebsrentnern, die sich erst im Jahr 2006 gegen die genannten Anpassungen wandten, gewährte die Beklagte die nachträgliche Anpassung nur, wenn sie zum Zeitpunkt der Beanstandung der Anpassungsentscheidung durch die Interessenvertretung Mitglied derselben waren. Der Kläger gehörte keiner der Interessenvertretungen an. Er verlangte mit Schriftsatz vom 22.05.2006 eine nachträgliche Anpassung seiner Betriebsrente zum 01.01.1997 und zum 01.01.2000. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Entscheidung

Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des III. Senats ist sein Anspruch auf Korrektur der Anpassungsentscheidungen und damit auch sein Anspruch auf nachträgliche Erhöhung der Betriebsrente erloschen. Hält der Rentner eine Anpassungsentscheidung nach § 16 BetrAVG für unrichtig, müsse er dies vor dem nächsten Anpassungstichtag

wenigstens außergerichtlich geltend machen. Da sich § 20 LO an § 16 I BetrAVG anlehne, seien die genannten Grundsätze auch auf Anpassungen im Konditionenkartell des Bochumer Verbandes übertragbar. Der Kläger könne sich nicht auf die Rügen des VDF und der IG BCE berufen. Die Anpassungsentscheidungen des Bochumer Verbandes seien zwar unabhängig von der Mitgliedschaft in einer Interessenvertretung auf alle Versorgungsempfänger anwendbar. Das gelte jedoch nicht für Rügen, mit denen die Interessenvertretung Ansprüche einzelner Versorgungsempfänger auf nachträgliche Anpassung geltend macht. Insoweit handele sie nur für ihre Mitglieder. Wolle die Interessenvertretung über ihre satzungsmäßigen Aufgaben hinausgehen und die Rechte von Nichtmitgliedern wahrnehmen, müsse sie dies klar zum Ausdruck bringen.

Praxishinweis

Das Konditionenkartell des Bochumer Verbandes ist ein Zusammenschluss von Unternehmen, der die Altersversorgungsbedingungen einheitlich festlegt (Leistungsordnung) und weiterentwickelt. Versorgungsschuldner ist der jeweilige Arbeitgeber, nicht der Verband. Der Senat bestätigt seine Rechtsprechung, wonach die Entscheidung über die Anpassung laufender Renten abweichend von § 16 BetrAVG durch den Bochumer Verband einheitlich für alle Verbandsunternehmen getroffen werden darf. Neu ist die Klarstellung, dass eine Rüge der Anpassungsentscheidung durch eine solche Interessenvertretung grundsätzlich nur ihren Mitgliedern zugute kommt. Dieser Hinweis ist für Versorgungsberechtigte des Bochumer Verbandes und ihre (früheren) Arbeitgeber von wesentlicher Bedeutung. Die Rentner müssen selbst aktiv werden, wenn sie die Anpassungsentscheidung des Bochumer Verbandes rügen möchten und keiner Interessenvertretung angehören. Dies entspricht der Situation der übrigen Betriebsrentner; ihre Interessen werden insbesondere nicht durch den Betriebsrat wahrgenommen, der keine Vertretungsbefugnis für sie besitzt. Folge dürfte sein, dass es zu Massenverfahren der Nichtmitglieder vor den Arbeitsgerichten kommt, wenn eine Anpassungsentscheidung des Bochumer Verbandes angegriffen wird. Die Arbeitgeber sollten ihrerseits vor Auszahlung einer nachträglichen Anpassung prüfen, welche Versorgungsberechtigten der rügenden Interessenvertretung angehören.

RAin Dr. Charlotte Beck, Gleiss Lutz, Berlin ■

BAG: „Andere Abmachung“ nach Ablauf des Tarifvertrages

ZPO § 253 II Nr. 2; BGB §§ 280 I, 286 I, 287 S. 2, 249; BUrlG § 7 I; TVG §§ 2 III, 3 I und III, 4 I, III und V; Manteltarifvertrag vom 25.07.2003 im Einzelhandel Nordrhein-Westfalens §§ 15 III, 2 I, 10 V; Tarifvertrag über Sonderzahlungen (Urlaubsgeld und Sonderzuwendung) vom 20.09.1996 Abschnitt A § 1 I

1. Aus § 3 III TVG ergibt sich, dass das tatsächliche Ende des jeweiligen Tarifvertrages gemeint ist, nicht sein mögliches Ende. Der Zeitpunkt des tatsächlichen Endes der Nachbindung ist bei unbefristeten, aber kündbaren Tarifverträgen der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer tatsächlich erfolgten Kündigung, im Zweifel nach Ablauf einer Kündigungsfrist oder der Zeitpunkt einer tatsächlich erfolgten einvernehmlichen Aufhebung.
2. Nach § 4 III TVG sind während der zwingenden Geltung eines Tarifvertrages abweichende Abmachungen nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers enthalten.
3. Mit einer „anderen Abmachung“ iS des § 4 V TVG ist im Allgemeinen eine Regelung gemeint, die nach Ende des Tarifvertrages im Nachwirkungszeitraum vereinbart worden ist. Daraus ergibt sich aber nicht zwingend, dass eine ablösende Abmachung nicht auch schon im Voraus getroffen werden kann, wenn es den Parteien darum geht, für den unmittelbar bevorstehenden Nachwirkungszeitraum eine abweichende Regelung zu treffen. Eine solche löst die tariflichen Bestimmungen nur ab, wenn sie konkret und zeitnah vor dem bevorstehenden Ablauf des Tarifvertrages die sich ansonsten aufgrund der Nachwirkung ergebende Situation regelt.
4. Wegen des im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie erforderlichen Gleichlaufs von Verantwortlichkeit und Betroffenheit hinsichtlich tarifpolitischer Entscheidungen muss die Verbandssatzung eine klare und eindeutige Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und solchen ohne Tarifbindung vorsehen. (Orientierungssätze des Gerichts)

BAG, Urteil vom 20.05.2009 – 4 AZR 230/08
(LAG Hamm 07.11.2007 – 18 Sa 507/07),
BeckRS 2009, 74394

Sachverhalt

Der Arbeitsvertrag der Klägerin verweist auf jeweils geltende Tarifverträge. Der im Jahr 2000 endende Tarifvertrag über Sonderzahlungen (TV SZ) sieht ein Urlaubsgeld im Verhältnis zur Vergütung vor. Der MTV regelt den Urlaubsanspruch und die wöchentliche Arbeitszeit. Die Beklagte war Mitglied eines Verbandes, dessen Satzung verschiedene Mitgliedschaften regelt. Sie wechselte in die OT-Mitgliedschaft. Die Klägerin trat ver.di bei. Die Parteien änderten den Arbeitsvertrag

und erhöhten die Arbeitszeit. Bestehende Urlaubsgeldansprüche sowie zwei Urlaubstage entfielen. Der zum Ende 2005 kündbare MTV wurde zum 31.03.2006 gekündigt. 2006 traten die neuen Tarifverträge in Kraft. Die Klägerin machte tarifliche Vergütung, Urlaubsgeld sowie zwei Urlaubstage geltend. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Entscheidung

Bezogen auf die Vergütung und die Urlaubstage hatte die Revision der Klägerin Erfolg. Abgewiesen wurden Urlaubsgeldansprüche.

Die Vertragsänderung während der MTV-Nachbindung sei keine andere Abmachung iSd § 4 TVG. Die Bindung dauere bis zur tatsächlichen Beendigung des MTV an, nicht bis zur Kündigungsmöglichkeit. Tarif- und Nachbindung seien gleichwertig, es sei gleichgültig, wann der ver.di-Beitritt erfolgte. Mangels entsprechenden Regelungswillens, konkreter und zeitnaher Regelung der sich ansonsten nach Ablauf des MTV ergebenden Situation, sei die Änderung nicht wirksam während der MTV-Nachwirkung vereinbart. Die Kündigung sei nicht absehbar oder zu erwarten gewesen, da eine sofortige Änderung gewollt sei. Zu Urlaubsgeld liege eine andere Abmachung in der Nachwirkungsphase vor. Die Parteien hätten bei Kenntnis der Unwirksamkeit des anderen Teiles nur eine Vereinbarung über das Urlaubsgeld getroffen. Die Satzung und der OT-Wechsel seien wirksam, der neue TV SZ gelte nicht.

Praxishinweis

Das BAG wendet sich zu Recht gegen die teils vertretene Ansicht, die Kündigungsmöglichkeit stelle ein „Ende des Tarifvertrages“ iSd § 3 III TVG dar. Ein solches Verständnis liefe dem Wortlaut und Schutzzweck des § 3 I, II TVG zuwider. Der Arbeitgeber verliert bei einer OT-Mitgliedschaft die Dispositionsbefugnis. Um dies zu verhindern, sollte er prüfen, ob ein Verbandsaustritt erst nach dem Beschluss der Kündigung vollzogen werden kann. Von Vorteil wäre die Möglichkeit der Einflussnahme, evtl. nachteilig eine längere Tarifbindung. Bei der Entscheidung des Arbeitgebers sind die Austritts- und Kündigungsfrist zu beachten.

*RAin Krystyna Okoye,
Rechtsanwälte Neef Schrader Straube,
Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hannover*

BAG: Anforderungen an das Unterrichtungsschreiben bei Betriebsübergang

BGB § 613 a

Bei der Unterrichtung nach § 613 a V BGB ist über die Identität des Betriebserwerbers so zu informieren, dass die Arbeitnehmer Erkundigungen über ihren möglichen neuen Arbeitgeber einholen können. Dazu gehört zumindest die Firma sowie die Angabe des Firmensitzes und einer Geschäftsadresse. Die Darstellung einer Konzernbindung muss präzise zwischen Erwerber und sonstigen Konzerngesellschaften trennen. (red. Leitsatz)

BAG, Urteil vom 23.07.2009 – 8 AZR 538/08 (LAG Düsseldorf 29.04.2008 – 6 Sa 1809/07), BeckRS 2009, 74822

Sachverhalt

Die Parteien streiten über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach einem Widerspruch des Klägers gemäß § 613 a VI BGB. Der Kläger war bei der Beklagten in der Mobilfunksparte beschäftigt. Dieser Geschäftsbereich wurde auf eine BenQ-Gesellschaft („Erwerberin“) übertragen. Am 29.08.2005 unterrichtete die Beklagte den Kläger gemäß § 613 a V BGB. Durch Gesellschaftsvertrag vom 30.08.2005 wurde die Erwerberin gegründet und am 16.09.2005 in das Handelsregister eingetragen. Die Arbeitsverhältnisse gingen zum 01.10.2005 über. Ab diesem Zeitpunkt hat der Kläger für die Erwerberin gearbeitet. Ende September 2006 hat die Erwerberin Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt. Der Kläger hat am 05.10.2006 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nachträglich widersprochen. Das ArbG und das LAG haben dem Antrag des Klägers auf Feststellung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten stattgegeben.

Entscheidung

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Nach Ansicht des Senats war der Widerspruch des Klägers wirksam, da die Unterrichtung der Beklagten fehlerhaft war. Das Widerspruchsrecht ist auch nicht verwirkt.

Im Unterrichtungsschreiben hat die Beklagte keine hinreichende Klarheit über die Identität der Erwerberin geschaffen. Die Nennung der (geplanten) Firma ist nicht ausreichend. Sofern eine vollständige gesetzliche Vertretung nicht angegeben wird oder angegeben werden kann, ist eine identifizierbare natürliche Person mit Personalkompetenz als Ansprechpartner zu nennen. Maßgeblich sind die Kenntnisse von Veräußerer und Erwerber zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Soweit zu

diesem Zeitpunkt konkrete Angaben zum Betriebserwerber nicht gemacht werden können, bspw weil dieser noch zu gründen ist, muss dies bei der Unterrichtung offengelegt werden. Die zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte sind richtig darzustellen.

Weiterhin hat die Beklagte Informationen zur Erwerberin mit solchen zu anderen Konzerngesellschaften vermengt. Wird wegen der künftigen Konzernverflechtung auf die Geschäftsaktivitäten anderer Konzernunternehmen eingegangen, ist auch die Positionierung des übergegangenen Betriebsteils im erwerbenden Konzern zu beschreiben. Nicht ausreichend ist es, wenn schlagwortartig über die Aktivitäten des gesamten Konzerns informiert wird, ohne im Einzelnen auf den Betriebserwerber einzugehen.

Das Unterrichtungsschreiben enthielt weitere Fehler. Ähnliche Punkte hat das BAG bereits in früheren Entscheidungen behandelt.

Das Widerspruchsrecht besteht, auch wenn es viele Arbeitnehmer kollektiv ausüben.

Praxishinweis

Die Unterrichtung bei Betriebsübergängen birgt viele Risiken. Das BAG konkretisiert die Anforderungen in einer Vielzahl von Entscheidungen (die wichtigsten sind bei ErfK/Preis, 10. Aufl. 2010, § 613 a BGB Rn. 85 ff. dargestellt). Das Urteil gibt zu einigen neuen Gesichtspunkten Aufschluss. Der Fall unterstreicht, dass es ab einer gewissen Komplexität des Sachverhalts nahezu ausgeschlossen ist, ein den Anforderungen des BAG genügendes Unterrichtungsschreiben zu gestalten.

Besonders wichtig sind die Hinweise zur Darstellung des Erwerbers. Danach kann es sinnvoll und ggf sogar erforderlich sein, die bisherigen und künftigen Geschäftsaktivitäten und Konzernverflechtungen des Betriebserwerbers darzustellen. Hier ist aber sorgfältig zwischen Erwerber und Konzern zu trennen.

Vorliegend nicht entscheidungserheblich, für die Praxis aber von Bedeutung ist der Hinweis, dass die Unterrichtung später vervollständigt werden kann. Sie muss dann aber den gesetzlichen Formvorschriften (§ 613 a V BGB) genügen. Es genügt nicht, wenn die Arbeitnehmer zufällig oder in sonstiger Weise von den relevanten Punkten Kenntnis erlangen. Dies kann die Widerspruchsfrist nicht in Gang zu setzen.

RA Dr. Thomas Winzer, Gleiss Lutz, Frankfurt ■

BAG: Überleitung in den TVöD – Mitbestimmung des Betriebsrats

BetrVG § 99; TVÜ-VKA §§ 3 bis 7

1. Bei der Überleitung von Arbeitnehmern nach den §§ 3 bis 7 TVÜ-VKA in das Entgeltsystem des TVöD handelt es sich als Akt der Rechtsanwendung um eine Umgruppierung, die nach § 99 I BetrVG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegt.
2. Eine nach dem 31.12.2001 einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag ist jedenfalls dann, wenn eine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden ist, eine konstitutive Verweisungsklausel, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt wird. (amtl. Leitsätze)

BAG, Beschluss vom 22.04.2009 – 4 ABR 14/08
(LAG München 10.01.2008 – 2 TaBV 83/07),
BeckRS 2009, 73244

Sachverhalt

Die Beteiligten streiten, ob bei der Arbeitgeberin beschäftigte Arbeitnehmer in die Entgeltordnung des TVöD-VKA überzuleiten sind und dem Betriebsrat hierbei ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 I BetrVG zusteht. Die Arbeitgeberin betreibt eine Fachklinik, die sie zum 01.01.1999 von einer Landesversicherungsanstalt (LVA) übernommen hatte. Anlässlich des Betriebsübergangs war ein Personalüberleitungsvertrag geschlossen worden, welcher auch Regelungen zur Geltung von Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes enthält. Von Beginn des Jahres 1999 bis Ende 2004 war die Arbeitgeberin Mitglied des Kommunalen Arbeitgeberverbands (KAV) und wandte in diesem Zeitraum den TVöD-VKA an. Die Arbeitsverträge enthalten – je nach Zeitpunkt des Vertragsschlusses – unterschiedliche Bezugnahmeklauseln auf tarifvertragliche Regelungen. Zum 01.01.2005 wechselte die Arbeitgeberin in eine Gastmitgliedschaft ohne Tarifbindung und wandte in der Folgezeit den zum 01.10.2005 in Kraft getretenen TVöD nicht an. In den Arbeitsverträgen der Beschäftigten befinden sich jeweils Bezugnahmeklauseln, die in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags einen unterschiedlichen Wortlaut haben.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats hatte Erfolg. Bei der Überleitung in das Entgeltsystem des TVöD handele es sich um eine Umgruppierung, die nach § 99 I BetrVG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebs-

rats unterliegt. Eine nach dem 31.12.2001 einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag sei jedenfalls dann, wenn die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an die in Bezug genommenen Tarifverträge nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden sei, eine konstitutive Verweisungsklausel, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt werde. Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme des „BAT und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände jeweils geltenden Fassung“ erfasse jedenfalls dann regelmäßig den TVöD-VKA, wenn nur dessen Anwendbarkeit als ein den BAT-VKA ersetzender Tarifvertrag in Frage stehe. Ein zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber geschlossener Personalüberleitungsvertrag (PÜV) könne eine unmittelbare dynamische Anwendung von Tarifverträgen nicht begründen, da es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde. Jedoch könne in dem PÜV zu Gunsten der von ihm erfassten Arbeitnehmer ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Arbeitgeberin begründet werden, die dynamische Bezugnahme der im PÜV genannten Tarifverträge mit ihnen zu vereinbaren. Die Bezugnahme auf ein bestimmtes Tarifwerk könne über ihren Wortlaut hinaus nur dann als große dynamische Verweisung – Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich oder betrieblich geltenden Tarifvertrag – ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergebe. Eine „korrigierende“ Auslegung im Falle eines Verbandswechsels komme auch dann nicht in Betracht, wenn der Vertragspartner der von unterschiedlichen Arbeitgeberverbänden abgeschlossenen Tarifverträge jeweils dieselbe Gewerkschaft sei.

Praxishinweis

Das BAG bestätigt seine Rechtsprechung zur Auslegung von dynamischen Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen. Damit wird der Inhalt von vorformulierten Arbeitsverträgen einer viel stärkeren Kontrolle durch die Arbeitsgerichte unterzogen. Dies ist aus Arbeitnehmersicht zu begrüßen, da auf den Empfängerhorizont des Arbeitnehmers abgestellt und dieser Sichtweise bei der Auslegung der Verträge und der Inhaltskontrolle der Vorrang gegeben wird.

RA, FAArbR Peter Gerhardt,
Schneider : Schwegler, Frankfurt am Main

BSG: Schadensersatzanspruch wegen nicht gewährten Ersatzurlaubs – Insolvenzzgeld

BUrlG § 7; SGB III § 184 I Nr.1

Der in Geld abzugeltende Schadensersatzanspruch ist vergleichbar einem Urlaubsabgeltungsanspruch iSd § 7 IV BUrlG nicht insolvenzzgeldfähig. Er entsteht wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und ist deshalb gem. § 184 I Nr. 1 SGB III von der Gewährung eines Insolvenzzgeldes ausgeschlossen. (amtl. Leitsatz)

BSG, Urteil vom 06.05.2009 – B 11 AL 12/08 R (LSG Nordrhein-Westfalen 25.02.2008 – L 19 AL 64/07), BeckRS 2009, 67925

Sachverhalt

Der Kläger war als Kfz-Mechaniker bei einer GmbH beschäftigt und hatte zum 30.04.2006 sein Arbeitsverhältnis gekündigt. Ihm war der Jahresurlaub 2005 aus dringenden betrieblichen Gründen bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht gewährt worden. Das Arbeitsgericht hatte die GmbH zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung und Schadensersatz wegen entgangenen Ersatzurlaubs iHv 674 Euro bzw. 4718 Euro verurteilt.

Am 30.10.2006 wurde über das Vermögen der GmbH durch Beschluss des Amtsgerichts das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger beantragte bei der zuständigen Agentur für Arbeit Insolvenzzgeld für die offene Schadensersatzforderung. Der Antrag wurde von der Agentur für Arbeit mit der Begründung, der Schadensersatzanspruch sei vergleichbar der Urlaubsabgeltung wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden und könne daher keinen Insolvenzzgeldanspruch begründen, abgelehnt.

Entscheidung

Das BSG hat die Revision des Klägers, nachdem dieser sowohl beim SG als auch beim LSG ohne Erfolg geblieben war, mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gewährten Ersatzurlaubs nicht der Insolvenzzgeldberechnung unterliege, weil er nicht im Insolvenzzgeldzeitraum erarbeitet worden und wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sei und Ansprüche wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Insolvenzzgeld nicht umfasst würden.

Gemäß § 183 I 1 Nr. 1 SGB III hätten Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt gewesen seien und bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers für die vorangegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis hätten. Zu den Ansprüchen auf Ar-

beitsentgelt gehörten alle Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis.

Die Zugehörigkeit zu den „Ansprüchen auf Arbeitsentgelt“ besage allerdings nichts drüber, ob und in welchem Umfang Arbeitsentgelte dem Insolvenzzgeldzeitraum zugeordnet werden können. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG komme es nicht darauf an, wann das Entgelt fällig wird, sondern wann es erarbeitet worden ist. Somit könne das ursprünglich geschuldete Urlaubsentgelt nur dann dem Insolvenzzgeldzeitraum zugeordnet werden, wenn und soweit tatsächlich Urlaub im Insolvenzzgeldzeitraum genommen worden ist.

Da Schadensersatzansprüche, die an Stelle des nicht gezahlten Entgelts treten, insolvenzzgeldrechtlich das Schicksal des Arbeitsentgeltanspruchs teilen, könne der Schadensersatzanspruch für Urlaub, der vor dem Insolvenzzgeldzeitraum entstanden ist, nicht dem Insolvenzzgeldzeitraum zugerechnet werden.

Darüber hinaus weist das BSG auch darauf hin, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt wird. Dies gelte auch für den Schadensersatzanspruch für nicht gewährten Ersatzurlaub. Den Anspruch auf Geldentschädigung habe der Arbeitnehmer erst, wenn die Gewährung von Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich geworden ist.

Praxishinweis

Diese Entscheidung des BSG macht erneut zwei wichtige Grundsätze des Insolvenzzgeldrechts deutlich.

- Leistungen, die bereits vor dem Insolvenzzgeldzeitraum, also drei Monate vor der Eröffnung, nicht vor der Antragstellung erarbeitet wurden, sind bei der Berechnung des Insolvenzzgeldes, unabhängig von ihrer Fälligkeit, nicht zu berücksichtigen.
- Ein Arbeitnehmer kann nicht für Leistungen, die aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden, Insolvenzzgeld verlangen, auch wenn sie im Insolvenzzgeldzeitraum fällig werden.

Das lässt sich vermeiden, wenn bei Zahlungsproblemen des Arbeitgebers auch durch vertragliche Regelungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, individuelle Regelungen) Auszahlungen so gestaltet werden, dass sie durch das Insolvenzzgeld gesichert sind.

RA Friedrich Schindele,

Kanzlei Schindele, Eisele, Gerstner & Coll., Landshut ■

LAG Berlin-Brandenburg: Reichweite und transparente Formulierung eines Freiwilligkeitsvorbehaltes

BGB §§ 305 c, 307, 308, 309

Eine Vereinbarung in einem Formulararbeitsvertrag, die sämtliche über die regelmäßige Grundvergütung hinausgehenden Leistungen unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt unter Ausschluss der Entstehung eines Rechtsanspruchs stellt, ist gemäß § 307 I 1 BGB unwirksam, da sie nach ihrem Wortlaut auch über die Grundvergütung hinausgehende laufende Leistungen umfasst. (red. Leitsatz)

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.02.2009 – 20 Sa 2078/08 (ArbG Cottbus 21.08.2008 – 8 Ca 440/08), Beck RS 2009, 74691

Sachverhalt

Die Klägerin begehrt die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation. In dem im Jahre 1994 geschlossenen Arbeitsvertrag ist die Zahlung des monatlichen Entgeltes sowie ein Freiwilligkeitsvorbehalt vorgesehen. Der Freiwilligkeitsvorbehalt lautet: „*Alle darüber hinausgehenden Leistungen und Vergütungen ... sind freiwilliger Natur, sie bleiben es auch bei mehrfacher Leistung, das Erwaschen eines Rechtsanspruchs ist ausdrücklich ausgeschlossen.*“ Seit Beginn des Anstellungsverhältnisses im Jahr 1994 zahlte der beklagte Arbeitgeber jeweils im November eines Jahres ein Weihnachtsgeld in Höhe eines halben Bruttomonatsentgeltes. Für das Jahr 2007 verweigerte der Beklagte das Weihnachtsgeld.

Entscheidung

Das LAG hat die der Klage stattgebende Entscheidung des ArbG bestätigt. Der Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes für 2007 folgt aus einer betrieblichen Übung, weil der Beklagte in der Vergangenheit jährlich eine als Weihnachtsgeld bezeichnete Gratifikation von einem halben Bruttomonatsentgelt gezahlt hat. Zwar kann die Entstehung einer betrieblichen Übung grundsätzlich durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt verhindert werden. Den vereinbarten Freiwilligkeitsvorbehalt hat das LAG jedoch als unwirksam betrachtet. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt darf nach der Rechtsprechung des BAG nicht das laufende Arbeitsentgelt umfassen. Der vorliegende Freiwilligkeitsvorbehalt beinhaltet keine Einschränkung hinsichtlich der unter den Ausschluss eines Rechtsanspruchs gestellten Leistungen, sondern bezieht sich nach seinem Wortlaut auch auf laufendes Entgelt. Der insoweit zu weit gefasste Freiwilligkeitsvorbehalt fällt ersatzlos weg, da eine geltungserhaltende Reduktion nicht in Betracht kommt und ein Vertrauensschutz in Gestalt einer ergänzenden Vertragsauslegung aufgrund der bereits vor dem 01.01.2002 geltenden Unklarheitenregel ausscheidet.

Praxishinweis

Das LAG setzt die Rechtsprechung des BAG zu Freiwilligkeitsvorbehalten um und führt sie für die Transparenz eines Freiwilligkeitsvorbehaltes fort. Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des V. Senates (BAG, NZA 2007, 853). Dort hat das BAG einem Freiwilligkeitsvorbehalt bei einer mit dem laufenden Arbeitsentgelt auszahlenden Zulage die Wirksamkeit abgesprochen. Der X. Senat hat diese Rechtsprechung fortgeführt, aber auf Leistungen außerhalb des laufenden Arbeitsentgeltes beschränkt, die wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden können (BAG, NZA 2008, 1173).

Da der vorliegende Freiwilligkeitsvorbehalt keine Beschränkung auf Leistungen außerhalb des laufenden Arbeitsentgeltes enthält, ist er zu weit gefasst und insoweit unwirksam. Da die Regelung in Teilen unwirksam ist, aber eine sprachliche Teilbarkeit nach Maßgabe des blue-pencil Test (hierzu BAG, NZA 2009, 783) nicht in Betracht kommt, kann sie aufgrund des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion nicht in ihrem rechtswirksamen Teil aufrechterhalten werden. Freiwilligkeitsvorbehalte sollten der Rechtsprechung des BAG etwa wie folgt Rechnung tragen:

„Nicht arbeitsvertraglich vereinbarte Leistungen außerhalb des laufenden Entgelts sind freiwillige Leistungen, die einen rechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers auch für den Fall der wiederholten Leistung ohne ausdrückliche Wiederholung dieses Freiwilligkeitsvorbehaltes nicht begründen.“

Mit dem Ausschluss des Vertrauensschutzes und dem Hinweis auf eine der ergänzenden Vertragsauslegung entgegenstehende bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltende Unklarheitenregelung knüpft das LAG an die Rechtsprechung des BAG zur ergänzenden Vertragsauslegung bei (teil-)unwirksamen Formulararbeitsbedingungen im Anwendungsbereich von Auslegungszweifeln an (§ 305 c II BGB; BAG – 10 AZR 3/08 – mit Anm. *Salamon*, NZA 2009, 1076). Bei inhaltlich zu weit gehenden Regelungen in „Altverträgen“ hat das BAG allerdings eine ergänzende Vertragsauslegung zugelassen (BAG, NZA 2005, 465 zum Widerrufsvorbehalt). Da das LAG – ohne weitere Ausführungen hierzu – die Grundsatzrevision zugelassen hat, bleibt eine Klarstellung im Revisionsverfahren abzuwarten.

*RA, FAArbR Dr. Erwin Salamon,
Esche Schümann Commichau, Hamburg*

LAG Baden-Württemberg: Betriebsbedingte Kündigung bei grenzüberschreitender Betriebsveräußerung

BGB § 613 a; KSchG § 1 II 1

1. **Betriebsstilllegung und Betriebsübergang nach § 613 a BGB schließen sich aus. Beruft sich ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess auf eine Veräußerung des Betriebs, so muss der Arbeitgeber, der eine Kündigung wegen Betriebsstilllegung behauptet, ausschließen, dass es sich um einen Betriebsübergang handelt.**
2. **§ 613 a BGB gilt auch bei Betriebsveräußerungen ins Ausland. Entscheidend ist, ob der Sachvortrag des Arbeitnehmers die Erfüllung der Voraussetzungen des § 613 a BGB als möglich erscheinen lässt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der übertragende und der übernehmende Betrieb sich in einer Entfernung von nur wenigen Kilometern diesseits und jenseits der Grenze befinden. (red. Leitsätze)**

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.09.2009 – 11 Sa 39/09 (ArbG Freiburg 13.03.2009 – 14 Ca 508/08), BeckRS 2009, 74882

Sachverhalt

Die beklagte Arbeitgeberin gehört zu einer international operierenden Unternehmensgruppe. Sie beschäftigte ca. 30 Arbeitnehmer in zwei weitgehend selbständig organisierten Teilbereichen. Die Klägerin war seit 1996 vorwiegend im Teilbereich Produktion und Vertrieb von Klappenventilen (Teilbereich B) tätig. Dieser Teilbereich sollte bei der Beklagten nicht mehr fortgeführt werden. Die Beklagte kündigte im Oktober 2008 die Arbeitsverhältnisse von nahezu allen 22 Arbeitnehmern des Teilbereichs B ordentlich betriebsbedingt. Die laufenden Projekte aus dem Teilbereich B wurden auf die Konzernschwester G AG in der Schweiz übertragen, die auch die für die Produktion erforderlichen Anlagen und das Lager übernahm. Kunden und Lieferanten wurden darüber informiert, dass die geschäftlichen Aktivitäten künftig bei der G AG konzentriert und die bestehenden Verträge nahtlos übernommen würden.

Unter dem Datum der Kündigung erhielten 11 Arbeitnehmer, darunter die Klägerin, ein Arbeitsangebot der G AG. Fünf ehemalige Arbeitnehmer der Beklagten sind seither bei der G AG tätig; die Entfernung zwischen alter und neuer Arbeitsstätte beträgt ca. 60 km. Die Klägerin lehnte das Arbeitsvertragsangebot ab und erhob Kündigungsschutzklage. Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen.

Entscheidung

Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg. Nach Auffassung des LAG ist die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung sei nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstelle. Der unstreitige Sachverhalt spreche für das Vorliegen eines Betriebsübergangs. § 613 a BGB sei aufgrund der Regelanknüpfung des Art. 30 EGBGB auch bei grenzüberschreitenden Betriebsveräußerungen anzuwenden. Die Veränderung des Betriebsortes und die von der Beklagten behauptete Eingliederung der Betriebsmittel in die bei der G AG bestehende Organisation würden einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB nicht ausschließen. Entscheidend sei die Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs zwischen den verschiedenen übertragenen Faktoren. Die Revision wurde zugelassen.

Praxishinweis

Das LAG Baden-Württemberg stellt in seiner nicht rechtskräftigen Entscheidung im Ausgangspunkt zutreffend fest, dass § 613 a BGB bei der Veräußerung eines inländischen Betriebs an einen ausländischen Erwerber regelmäßig anwendbar ist. Bei gleichzeitiger räumlicher Verlagerung des Betriebs ins Ausland stellen sich in der Praxis schwierige Abgrenzungsfragen zur Betriebsstilllegung. Die hierzu ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung ist teils widersprüchlich. So soll die Identität des Betriebs verloren gehen, wenn sich ein beträchtlicher Teil der Arbeitnehmer weigert, an dem anderen Ort weiterzuarbeiten. In diesem Fall stelle sich die Standortverlagerung als Betriebsstilllegung dar (BAG, NZA 1988, 170). In einer weiteren Entscheidung betreffend die Verlagerung von Produktionsaktivitäten von Berlin nach Lyon erweckt das BAG demgegenüber den Eindruck, dass ein einzelner Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zustimmt, sich erfolgreich auf einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB berufen kann (BAG, NZA 1990, 32). Es ist zu hoffen, dass in dem zu erwartenden Revisionsverfahren eine Klarstellung durch das BAG erfolgen wird.

*RAin, FAArbR Dr. Silke Seeger, LL.M. (Edinburgh),
Küttner Rechtsanwälte, Köln* ■

LAG Köln: Sozialauswahl bei unterschiedlicher Vergütungsgruppe nach Bewährungsaufstieg

KSchG § 1; BGB § 626; KAVO § 43

Arbeitnehmer, die nach Bewährungsaufstieg höhergruppiert sind, bleiben für eine nach § 1 III KSchG vorzunehmende Sozialauswahl mit den Arbeitnehmern der niedrigeren Vergütungsgruppe vergleichbar.

Nach § 43 KAVO kann einem unkündbaren Arbeitnehmer aus verhaltensbedingten Gründen nur fristlos, nicht aber außerordentlich mit sozialer Auslauffrist gekündigt werden. In Fällen vorwerfbar Fehlverhaltens ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Abmahnung nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann. (amtl. Leitsätze)

LAG Köln, Urteil vom 18.11.2009 – 8 Sa 374/09 (ArbG Köln 30.01.2009 – 1 CA 5429/08), BeckRS 2010, 65131

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier Kündigungen. Die Klägerin ist seit 1978 bei der Beklagten als Erzieherin und seit 1990 als Leiterin einer dreigruppigen Kindertageseinrichtung angestellt. Die Beklagte unterhielt zudem noch eine weitere, viergruppige Einrichtung. §§ 41, 43 KAVO, die Bestandteil des Arbeitsvertrages der Klägerin sind, besagen, dass die Klägerin nur außerordentlich gekündigt werden kann. Im März 2008 erfuhr die Klägerin, dass ihre Einrichtung zum 01.08.2008 auf die Stadt übertragen werde, dem Betriebsübergang hat sie widersprochen. Nach eigenem Sozialpunktesystem der Beklagten hatte die Klägerin 190 Punkte, die Leiterin der anderen viergruppigen Einrichtung 25 Punkte. Für die Leiterin der viergruppigen Einrichtung besteht nach Bewährungsaufstieg die Möglichkeit der Zuordnung zu einer höheren Vergütungsgruppe. Mit Schreiben vom 27.06.2008 ist der Klägerin eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung auf die Stelle einer Gruppenleiterin ausgesprochen worden. In der Klageschrift führt die Klägerin aus, dass es sich bei der Wahl der Leiterin um „Kungelei und Mauselei“ handle. Daraufhin ist ihr am 18.07.2008 noch eine weitere außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist ausgesprochen worden.

Entscheidung

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Zwischen den Leiterinnen der beiden Einrichtungen hätte eine Sozialauswahl vorgenommen werden müssen, denn die Posi-

tionen seien miteinander vergleichbar. Die Leiterinnenfunktion der dreigruppigen und der viergruppigen Einrichtung sei zunächst derselben Vergütungsgruppe zugeordnet. Allein die Tatsache, dass die Leiterin der viergruppigen Einrichtung die Möglichkeit zum Bewährungsaufstieg in eine andere Vergütungsgruppe habe, spreche nicht gegen eine Vergleichbarkeit der beiden Tätigkeiten. Selbst eine tatsächliche Höhergruppierung nach Bewährungsaufstieg hebt allein die Vergleichbarkeit nicht auf.

Die weitere außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist entspreche nicht den Voraussetzungen der fristlosen Kündigung gem. § 43 I KAVO. Verhaltensbedingt sei nur eine fristlose Kündigung möglich. Diese sei aber nicht wirksam erklärt, da die Beklagte durch die Erklärung der Auslauffrist zum Ausdruck gebracht habe, dass sie von einer fristlosen Kündigung Abstand nehme. Ferner sei die Kündigung auch aufgrund der fehlenden Abmahnung unwirksam. Bei verhaltensbedingten Kündigungen gelte das Prognoseprinzip, denn der Zweck der Kündigung sei nicht die Sanktion der Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Deshalb sei eine Abmahnung grundsätzlich erforderlich. Im vorliegenden Fall seien die Formulierungen „Kungelei und Mauselei“ der Klägerin angesichts der ihr bekannten, offensichtlich fehlerhaften Sozialauswahl zwar zu rügen, reichten aber nur für eine Abmahnung aus.

Praxishinweis

Das Urteil bestätigt hinsichtlich der Sozialauswahl die bisherige BAG Rechtsprechung (vgl. BAG, NZA 2008, 1120). Die Eingruppierung ist zwar ein wichtiges Merkmal für die Vergleichbarkeit von Tätigkeiten innerhalb der Sozialauswahl, nicht jedoch beim so genannten Bewährungsaufstieg. Deshalb sollte der Anwalt in vergleichbaren Fällen sorgfältig alle Umstände ermitteln, die für die Sozialauswahl von Belang sind und den Aspekt des Bewährungsaufstiegs berücksichtigen. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung muss grundsätzlich zuvor eine Abmahnung ausgesprochen werden, denn diese ist zunächst das geeignete Mittel, um die Vertragsstörung zukünftig zu vermeiden. Die Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn ohne Weiteres erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten nicht ändern wird oder die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.

*RAin Dr. Cordula Kempf,
Kanzlei Dr. Kempf & Kempf, Dortmund*

LAG Nürnberg: Zwangsvollstreckung wegen Unterhaltsrückständen in der Verbraucherinsolvenz

InsO §§ 35, 89, 114 III, 201 I, 291, 294, 304 I 1; ZPO §§ 829 III, 850d

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann die Zwangsvollstreckung aus Unterhaltsrückständen der Zeit vor Verfahrenseröffnung nicht mehr betrieben werden (§ 89 InsO). Dies gilt auch für die Wohlverhaltensphase nach Aufhebung des Verbraucherinsolvenzverfahrens (§ 294 InsO).

Privilegiert sind ausschließlich laufende Unterhaltsforderungen aus der Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die von dem generellen Vollstreckungsverbot ausgenommen sind (§§ 114 III 3, 89 II 2 InsO). (red. Leitsätze)

LAG Nürnberg, Urteil vom 17.09.2009 – 6 AZR 369/08 (LAG Nürnberg 16.04.2008 – 3 Sa 551/07), BeckRS 2009, 74077

Sachverhalt

Die Klägerin ist die Tochter eines Arbeitnehmers der Beklagten. Aufgrund eines Titels wegen laufenden Unterhalts und Unterhaltsrückständen gegen ihren Vater ließ sie dessen Vergütungsansprüche gegen die Beklagte pfänden. Die Beklagte überwies der Klägerin daraufhin den laufenden Unterhalt und zahlte Teilbeträge auf die Unterhaltsrückstände, ohne diese aber vollständig zu tilgen.

Mit Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitnehmers stellte die Beklagte die Zahlung auf die Unterhaltsrückstände ein und zahlte nur noch laufenden Unterhalt.

Nach gerichtlicher Ankündigung der Restschuldbefreiung und Beginn der Wohlverhaltensphase wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben. Die Beklagte überwies auch weiterhin nur noch den laufenden Unterhalt. Die Klägerin begehrt nun Zahlung der restlichen Unterhaltsrückstände. Ihre Klage ist erstinstanzlich abgewiesen worden. Auf ihre Berufung hat das LAG der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidung

Das BAG hat die erstinstanzliche Entscheidung wieder hergestellt. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werde die Zwangsvollstreckung wegen Unterhaltsrückständen aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung ausgeschlossen (§ 89 ZPO). Forderungen wegen Unterhaltsrückständen seien Insolvenzforderungen und würden als solche nicht privilegiert. Die Klägerin sei daher in-

soweit auf die für alle geltende, gleichmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse zu verweisen.

Etwas anderes gelte nur für die erst während des Insolvenzverfahrens neu entstehenden, laufenden Unterhaltsansprüche. Nur diese erlaubten gemäß § 114 III iVm § 89 II 2 InsO auch während des Insolvenzverfahrens den Zugriff auf das insolvenzfreie Vermögen unterhalb der Pfändungsfreigrenze, soweit dieses Vermögen nicht als notwendiges Existenzminimum des Schuldners geschützt sei. Nach Auffassung des BAG kann § 114 III Halbs. 2 InsO gerade nicht entnommen werden, dass dieses Vollstreckungsprivileg für Unterhaltsrückstände allgemein gelte.

Auch in der an das Insolvenzverfahren anschließenden Wohlverhaltensphase sei die Klägerin gehindert, wegen rückständigen Unterhalts aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu vollstrecken (§ 294 InsO). Etwas anderes gelte in dieser Phase erneut nur für die erst nach Insolvenzeröffnung entstandenen laufenden Unterhaltsforderungen, die den Zugriff auf den insolvenzfreien, erweitert pfändbaren Teil des Vermögens ermöglichten.

Praxishinweis

Es überrascht nicht, dass sich das BAG mit dieser Entscheidung der Rechtsprechung des BGH (zB BGH v. 27.09.2007 – IX ZB 16/06, NJW-RR 2008, 294) anschließt. Unterhaltsrückstände können daher ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden.

Arbeitgeber sind daher gut beraten, nach Pfändung von Arbeitseinkommen durch Unterhaltsgläubiger ab dem Zeitpunkt der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens keine Leistungen auf Unterhaltsrückstände zu erbringen. Diese Leistungen führen nicht zur Befreiung, wenn dem Arbeitgeber die Eröffnung des Verfahrens bekannt ist.

Es bleibt auch während des Verfahrens bei der erweiterten Pfändbarkeit des insolvenzfreien Arbeitseinkommens wegen Forderungen auf Zahlung laufenden Unterhalts, die nach Verfahrenseröffnung entstanden sind (§ 850d ZPO).

RA, FAArbR Karl Geißler, Tschöpe/Schipp/Clemenz – Fachanwälte für Arbeitsrecht, Gütersloh ■