

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

2. Halbjahr 2009 / Jan. 2010

### NEUES vom BAG

**Betriebsübergang Call Center- Vergleichsentgelt TVöD-  
Abmahnung -Geschlechter-  
diskriminierung bei Stelle -  
Altersdiskriminierung bei Ab-  
findung - Lohnwucher - Ver-  
fall von Urlaub- unzulässiger  
Lohnverzicht - Kündigungs-  
schutz Abfallbeauftragter -  
Zulage bei Teilzeit - MB bei  
Verswiegenheitserklärung  
- Gewerkschaftswerbung per  
Email - Rückzahlungsklauseln  
u. v. m.**

### Weitere Themen

- ▶ **Praxistipp**
- ▶ **dies & das**
- ▶ **LeseLinks**
- ▶ **BAG zu Personalüber-  
leitungsvertrag, Um-  
gruppierung und TVöD**

## Keine Träne für 2009

Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,

ein Jahr verabschiedet sich, das für viele abhängig Beschäftigte mit Negativnachrichten behaftet war. Auch wir hätten gerne Betriebsvereinbarungen zur Prämienverteilung statt Kurzarbeiterregelungen verhandelt. Einen positiven Ausblick auf das Jahr 2010 zu geben, wagen wir lieber gar nicht. Wer weiß, was da noch alles auf uns zukommt.

Daher lieber nur ein paar Fakten für 2010:

Auch in 2010 gibt es **verlängertes Kurzarbeitergeld**. Nachdem 2009 die Anspruchsdauer von 6 auf 24 Monate befristet erhöht wurde, gilt dies für bereits begonnene Kurzarbeit weiter. Für neue Kurzarbeit beträgt die Höchstdauer 18 Monate. Ab dem siebten Monat werden dem Arbeitgeber weiterhin die Sozialabgaben erstattet.

Am 01.02.2010 treten die meisten Regelungen des **Gendiagnostikgesetzes** (GenDG) in Kraft, insbesondere die arbeitsrechtlichen. Hiernach sind genetische Untersuchungen am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten.

Mit der Verordnung über die **Sozialversicherungsrechengrößen 2010** vom 07.12.2009 wurden die maßgeblichen Rechengrößen der Sozialversicherung aktualisiert (siehe unter „dies & das“).

Ab dem 01.01.2010 gilt für Beschäftigte in der Gleitzone (400,01 bis 800,00 Euro Entgelt im Monat) der neue **Gleitzonefaktor** 0,7585.

Auch die **Entgeltbescheinigungsrichtlinie** tritt in Kraft. Sie bestimmt einen Mindeststandard für die Ausstellung von Entgeltbescheinigungen.

# BAG-Splitter

## 1. Halbjahr 2009

### Betriebsübergang eines Callcenters auch bei Erweiterung des Aufgabenspektrums

Übernimmt ein neu gegründetes Unternehmen die Aufgaben eines bisher für einen Konzern tätigen Callcenters, so kann auch dann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn das neue Unternehmen wesentlich erweiterte und komplexere Callcenter-Dienstleistungen anbietet. Voraussetzung ist jedoch, dass ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen wird. Dies gilt auch dann, wenn die übernommenen Mitarbeiter - aufbauend auf ihren bisherigen Fähigkeiten und Kenntnissen - noch zusätzlich geschult werden müssen, um die neuen Aufgaben erledigen zu können.

*BAG vom 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 – Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 12. Februar 2008 - 12 Sa 1719/07 – zit. nach PM des BAG Nr. 66/09*

### Beginn der Ausschlussfrist für die Freistellung von Haftungsansprüchen

Der Anspruch des Arbeitnehmers (hier Arzt), vom Arbeitgeber im Innenverhältnis von Schadensersatzansprüchen Dritter freigestellt zu werden, wird jedenfalls dann fällig, wenn der Arbeitnehmer im Außenverhältnis die Rechtsverteidigung gegen eine Verurteilung zum Schadensersatz einstellt. Die Ausschlussfrist nach § 70 BAT begann vorliegend mit Ablauf der Frist zur Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Verurteilung zu Schadensersatz und Schmerzensgeld.

*BAG vom 25. Juni 2009 - 8 AZR 236/08 – Aufhebung von LAG Bremen vom 7. November 2007 - 2 Sa 29/06 - zit. nach PM des BAG Nr. 65/09*

### Ursprüngliche Berechnung des Vergleichsentgelt bei Überleitung vom BAT in den TVöD nicht verbindlich

Ein fehlerhaft gebildetes Vergleichsentgelt kann für künftige Entgeltzahlungen jederzeit korrigiert werden. Die Ausschlussfrist des § 37 TVöD steht nur konkreten Nach- oder Rückforderungen entgegen.

*BAG vom 25. Juni 2009 - 6 AZR 384/08 – Bestätigung von LAG Hamm vom 28. Februar 2008 - 17 Sa 2138/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 64/09*

### Keine Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalgespräch zur Vertragsänderung teilzunehmen

Das Weisungsrecht nach § 106 der Gewerbeordnung (GewO) beinhaltet nicht die Befugnis, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem Personalgespräch zu verpflichten, in dem es ausschließlich um eine von diesem bereits abgelehnte Vertragsänderung gehen soll.

*BAG vom 23. Juni 2009 - 2 AZR 606/08 – Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 3. Juni 2008 - 3 Sa 1041/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 62/09*

### Besetzung einer Betreuerinstitute im Mädcheninternat mit Frau keine Diskriminierung von Männern

Bei der Besetzung einer Betreuerinstitute in einem Mädcheninternat darf die Bewerberauswahl auf Frauen beschränkt werden, wenn die Tätigkeit auch Nachtdienste im Internat beinhalten soll. Das weibliche Geschlecht der Stelleninhaberin stellt eine wesentliche und entscheidende Anforderung iSd. § 8 Abs. 1 AGG dar.

*BAG vom 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 – Bestätigung von LAG Rheinland-Pfalz vom*

*20. März 2008 - 2 Sa 51/08 - zit. nach PM des BAG Nr. 54/09*

### Altersdifferenzierung in Sozialplänen zulässig

Sozialpläne dürfen eine nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen. Sie dürfen rentenberechtigte Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen auch ausschließen. Es können auch unterschiedliche Berechnungen für unterschiedliche Altersgruppen erfolgen. Die damit verbundene unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist von § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Diese Regelung verstößt nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung.

*BAG vom 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 - Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. November 2007 - 19 Sa 1416/07 – zit. nach PM des BAG Nr. 50/09*

### „Andere Abmachung“ für nach Ablauf des Tarifvertrages nicht „auf Halde“ vereinbar

Nach Ablauf eines Tarifvertrages gelten dessen Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, § 4 Abs. 5 TVG. Über den Wortlaut hinaus kann eine „andere Abmachung“ in Form einer einzelvertraglichen Vereinbarung, welche die bisherigen Bedingungen aus dem abgelaufenen Tarifvertrag ohne Verstoß gegen das Günstigkeitsprinzip verschlechtern kann, im Einzelfall auch schon vor Ablauf des Tarifvertrages getroffen werden. Sie gilt aber nur dann, wenn sie konkret und zeitnah vor dem bevorstehenden Ablauf des Tarifvertrages die sich dann aufgrund der Nachwirkung ergebende Situation regelt.

*BAG, Urteil vom 20. Mai 2009 - 4 AZR 230/08 - Vorinstanz: LAG Hamm, Urteil vom 7. November 2007 - 18 Sa 508/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 48/09*

## Leselinks:

**Wirtschaft aktuell:** Wirtschaftsweise und Industriepolitik - Nichts dazugelernt

[http://www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/internet/Wirtschaft%20aktuell\\_22\\_2009\\_0154306.pdf](http://www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/internet/Wirtschaft%20aktuell_22_2009_0154306.pdf)

**Wirtschaftspolitik aktuell** - Weniger Lohn ist schädlich

[https://wipo.verdi.de/wirtschaftspolitik\\_aktuell/data/28-09-Weniger-Lohn-ist-schaedlich.pdf](https://wipo.verdi.de/wirtschaftspolitik_aktuell/data/28-09-Weniger-Lohn-ist-schaedlich.pdf)

Steuer gegen Armut: Die Finanztransaktionssteuer

<http://www.steuer-gegen-armut.org>

### OT-Mitgliedschaft in AG-Verband nur wirksam, wenn kein Einfluss auf Tarifpolitik

Sieht ein Arbeitgeberverband eine Mitgliedschaft mit und eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung vor, muss durch die Satzung gewährleistet sein, dass nicht tarifgebundene Mitglieder keinen maßgebenden Einfluss auf tarifpolitische Entscheidungen haben können. Dazu gehört auch, dass nur die tarifgebundenen Mitglieder über die Verwendung des Arbeitskampffonds des Verbandes entscheiden können.

*BAG vom 22. April 2009 - 4 AZR 111/08 – Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 26. November 2007 - 17 Sa 1298/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 40/09*

### Überleitung von BAT in TVöD mitbestimmungspflichtig

Bei der Überleitung von Beschäftigten

Rechtsanwendung, bei dem die Beteiligung des Betriebsrats die korrekte Anwendung der maßgebenden Vergütungsordnung gewährleisten soll.

*BAG vom 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 – Aufhebung von LAG München vom 10. Januar 2008 - 2 TaBV 83/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 39/09 (mehr dazu ab Seite 6)*

### Lohnwucher

Es besteht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und damit Lohnwucher, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreicht. Die Lohnabrede ist dann gem. § 138 Abs. 2 BGB und es ist die übliche Vergütung zu zahlen. Eine bei Abschluss des Arbeitsvertrags nicht zu beanstandende Vergütung kann durch die Entwicklung des Tariflohns

für Abfall bestellt, so ist die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 55 Abs. 3 KrW-/AbfG unzulässig. Das Arbeitsverhältnis kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Im Einzelfall kann die Bestellung bereits im schriftlichen Arbeitsvertrag erfolgen.

*BAG vom 26. März 2009 - 2 AZR 633/07 – Bestätigung von LAG Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 24. Mai 2007 - 9 Sa 14/07 - zit. n. PM d. BAG Nr. 34/09*

### Kein Verfall von Urlaubsansprüchen bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAGs Düsseldorf vom 2. August 2006 in der Sache Schultz-Hoff (- 12 Sa 486/06 -) besteht kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung.

*BAG vom 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 – Aufhebung von LAG Köln vom 29. August 2007 - 7 Sa 673/07 – zit. n. PM d. BAG Nr. 31/09*

### Unzulässiger Verzicht auf Lohnansprüche, um einen Betriebsübergang zu ermöglichen

Ein Erlassvertrag, mit dem die Parteien eines Arbeitsverhältnisses den Verzicht auf rückständige Vergütung für den Fall vereinbaren, dass es zu einem Übergang des Betriebs auf einen Dritten kommt, verstößt gegen zwingendes Gesetzesrecht und ist unwirksam.

Bei einem Betriebsübergang schreibt § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zwingend vor, dass der Betriebserberwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Diese Vorschrift darf nicht abbedungen oder umgangen werden.

*BAG vom 19. März 2009 - 8 AZR 722/07 – Bestätigung von Sächsisches LAG vom 27. März 2007 - 7 Sa 308/06 – zit. n. PM des BAG Nr. 30/09*

## Praxistipp

### Einstellung trotz falscher Eingruppierung?

Oft werden Betriebsräte mit der Situation konfrontiert, dass der AG Einstellungen vorlegt, dabei gleichzeitig die Zustimmung zu einer falschen Eingruppierung begehrt. Gegen die Einstellung hätte der BR eigentlich nichts, aber die Eingruppierung ist doch falsch. Was tun?

Da hier zwei betriebsverfassungsrechtliche Vorgänge vorliegen, kann (und muss) der Betriebsrat getrennt reagieren.

Gegen die **Einstellung** an sich (Integration in Betrieb) kann der BR nur Zustimmungsverweigerungsgründe anführen, welche gegen die Tätigkeit des MA an sich sprechen.

Die falsche **Eingruppierung** oder Bezahlung spricht nicht gegen die Tätigkeit, sondern für eine andere Eingruppierung. Das ist also Thema des Mitbestimmungsvorgangs Eingruppierung.

Immer daran denken: Begründung braucht Text, Text, Text, und zwar innerhalb der Wochenfrist (Zugang bei AG).

zu den Entgeltgruppen und den Stufen der Entgelttabelle des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) nach den Regelungen des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) ist der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Die Einordnung in die neue Vergütungsordnung des TVöD ist ein Akt der

wucherisch werden.

*BAG vom 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 – Aufhebung von LAG Hamburg vom 17. April 2008 - 1 Sa 10/07 - zit. nach PM des BAG Nr. 38/09*

### Sonderkündigungsschutz für Abfallbeauftragten

Hat der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wirksam, d. h. unter Einhaltung der Schriftform zum Betriebsbeauftragten

### Tarifliche Funktionszulage auch bei Teilzeitarbeit

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) ist einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer Arbeitsentgelt mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Regelt ein Tarifvertrag, dass SB-Kassierer und SB-Kassiererinnen in den Monaten, in denen sie auf Anweisung der Geschäftsleitung im Wochen-durchschnitt mehr als 24 Stunden an Ausgangskassen (check-out) tätig sind, eine Funktionszulage von 4 % ihres Tarifgehalts erhalten, so ist dieser Wert bei Teilzeitbeschäftigten entsprechend geringer anzusetzen. Die Bindung des Anspruchs auf die Funktionszulage an das Maß von 24 Stunden diskriminiert Teilzeitbeschäftigte.

BAG vom 18. März 2009 - 10 AZR 338/08 – Aufhebung von LAG Sachsen-Anhalt vom 30. Januar 2008 - 5 Sa 185/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 28/09

### Festhalten an eigener Kündigung

Spricht ein Arbeitnehmer eine schriftliche außerordentliche Kündigung aus, so kann er sich später regelmäßig nicht auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen, selbst wenn ein wichtiger Grund nicht vorliegt. Zwar bedarf auch die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers nach § 626 Abs. 1 BGB eines wichtigen Grundes (z. B. wenn der Arbeitgeber mit Gehaltszahlungen in Rückstand ist und der Arbeitnehmer den Arbeitgeber deshalb abgemahnt hat). Fehlt es an einem wichtigen Grund, ist die ausgesprochene Kündigung eigentlich unwirksam. Der Arbeitgeber kann die Unwirksamkeit der Kündigung auch gerichtlich geltend machen, nicht jedoch der Arbeitnehmer, der zuvor selbst schriftlich gekündigt hat. Andernfalls verstößt er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.

BAG vom 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 – Bestätigung von LAG Nürnberg vom 13. Februar 2007 - 7 Sa 294/06 – zit. n. PM des BAG Nr. 26/09

### Mitbestimmung bei Verschwiegenheitserklärung

Das Verlangen des Arbeitgebers nach der Abgabe inhaltlich standardisierter Erklärungen, in denen sich Arbeitnehmer zum Stillschweigen über bestimmte betriebliche Vorgänge verpflichten, unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wenn sich die Verschwiegen-

heitspflicht auf das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer bezieht und nicht schon gesetzlich geregelt ist. Bezieht sich die Schweigepflichtung auf das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer bezieht oder bestehen bereits gesetzliche Schweigepflichten - etwa nach § 17 UWG -, so ist kein Mitbestimmungsrecht gegeben.

BAG vom 10. März 2009 - 1 ABR 87/07 – Bestätigung von Hessisches LAG vom 5. Juli 2007 - 5 TaBV 223/06 – zit. n. PM des BAG Nr. 25/09

BAG vom 19. Februar 2009 - 8 AZR 176/08 – Bestätigung von Sächsisches LAG vom 10. Januar 2008 - 8 Sa 181/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 20/09

### Betriebsrentenanpassung im Konzernunternehmen

Bei der Anpassung der Betriebsrenten kommt es auf die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers an, auch wenn es sich um eine konzernabhängige Tochtergesellschaft handelt. Auf eine schlechte wirtschaftliche Lage der Kon-

## dies & das

### 1. Stand der Gleichstellung in Zahlen und Daten

Anhand von 19 Indikatoren aus den Bereichen Ausbildung, Erwerbsleben und Partizipation ermittelt der Gender-Index relative Geschlechterdifferenzen. München z. B. hat einen Gesamtwert von 16,8, Weiden 25,9. Dahinter verbergen sich unterschiedlichste Fakten und Analysen. Einfach mal reinklicken unter [www.gender-index.de](http://www.gender-index.de) (popups zulassen).

### 2. Kritisches vom Bay. Fernsehen zu Pseudogewerkschaften

Am 16.12.2009 hat Kontrovers unter dem Titel „**Arbeitervertreter oder Arbeitverräter? Christliche Gewerkschaften in der Kritik**“ über die Machenschaften von CGB und medsonet berichtet. Verdi und KAB finden klare Worte.

<http://www.br-online.de/content/cms/Universalseite/2008/02/19/cumulus/BR-online-Publikation-ab-05-2009--214553-20091217152953.pdf>

### 3. Beitragsbemessungsgrenzen 2010

allgemeine Rentenversicherung (§ 159 SGB VI): 5.500,00  
Arbeitslosenversicherung (§ 341 Abs. 4 SGB III): 5.500,00  
Krankenversicherung (§ 6 Abs. 7 SGB V): 3.750,00  
Krankenversicherung (§ 6 Abs. 6 SGB V): 4.162,50  
Pflegeversicherung (§ 55 Abs. 2 SGB XI): 3.750,00

<http://www.arbeitsagentur.de/Dienststellen/RD-BW/Waiblingen/AA/Agentur-fuer-Arbeit-Waiblingen/Zahlen-Daten-Fakten/Beitraege-zur-Sozialversicherung/Generische-Dokumente/Beitraege-zur-Sozialversicherung-2010.pdf>

mifl

Kein Rechtsmissbrauch, wenn Betriebsübergangs-Widerspruch als Mittel der Vertragsverhandlung

Ein Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB muss weder begründet werden, noch bedarf er eines sachlichen Grundes. Zwar kann grundsätzlich auch die Ausübung des Widerspruchsrechts im Einzelfall rechtsmissbräuchlich erfolgen. Der widersprechende Arbeitnehmer verfolgt aber keine unzulässigen Ziele, wenn es ihm nicht ausschließlich darum geht, den Arbeitgeberwechsel zu verhindern, sondern wenn er mit dem Betriebserberwerber über den Abschluss eines Arbeitsvertrages zu günstigeren Bedingungen verhandelt.

zernobergesellschaft oder des Gesamtkonzerns kann es nur dann ankommen, wenn am Anpassungstag ausreichend konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in den nächsten drei Jahren die im Konzern bestehenden Schwierigkeiten auf das Tochterunternehmen „durchschlagen“. BAG vom 10. Februar 2009 - 3 AZR 727/07 – Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 22. August 2007 - 4 Sa 1097/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 17/09

### Tagespauschale iSv. § 8 Abs. 3 TVöD nur bei 12 Stunden Rufbereitschaft am Stück

Eine stundenweise Rufbereitschaft liegt nach der tariflichen Definition bei einer

ununterbrochenen Rufbereitschaft von weniger als zwölf Stunden vor. Ordnet der Arbeitgeber an einem Kalendertag oder binnen 24 Stunden an zwei aufeinanderfolgenden Kalendertagen zwei oder mehr jeweils weniger als zwölf Stunden umfassende Rufbereitschaften an, so liegen im tariflichen Sinne mehrere Rufbereitschaften iSv. § 8 Abs. 3 TVöD vor. Für diese Rufbereitschaften ist deshalb lediglich die Stundenvergütung von 12,5 % des tariflichen Stundenentgelts und nicht die Tagespauschale nach § 8 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 TVöD zu zahlen.

BAG vom 5. Februar 2009 - 6 AZR 114/08 – Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom 5. Dezember 2007 - 5 Sa 266/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 14/09

#### **Reinigung im Pflegeheim nicht einfachste Tätigkeit nach EG 1 TVöD**

Eine Arbeitnehmerin, die Reinigungsarbeiten in einem Pflegeheim ausführt, verrichtet keine einfachsten Tätigkeiten nach der Entgeltgruppe 1 (EG 1) des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD), wenn sie bei der von ihr vorgenommenen Sicht- und Unterhaltsreinigung Hygienevorschriften, für die sie mehrstündig geschult wurde, sowie einen umfangreichen Desinfektionsplan zu beachten hat, der die selbstständige Kontrolle der von ihr zu reinigenden Räumlichkeiten erfordert.

BAG vom 28. Januar 2009 - 4 ABR 92/07 – Bestätigung von Hessisches LAG vom 11. September 2007 - 4/9 TaBV 73/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 12/09

#### **Gewerkschaftswerbung per E-Mail an betriebliche Accounts zulässig**

Eine tarifzuständige Gewerkschaft darf sich an Arbeitnehmer über deren betriebliche E-Mail-Adressen mit Werbung und Informationen wenden. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken untersagt hat. Die Entscheidung einer Gewerkschaft, Arbeitnehmer auf diesem Weg anzusprechen, ist Teil ihrer durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Betätigungsfreiheit.

BAG vom 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 – Aufhebung von Hessisches LAG vom 30. April 2008 - 18 Sa 1724/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 8/09

#### **Eine betriebsbedingte Änderungskündigung muss zu ändernde Arbeitsbedingungen klar benennen**

Eine Änderungskündigung ist unwirksam, wenn das Angebot des kündigenden Arbeitgebers unbestimmt ist. Der Arbeitnehmer muss sicher erkennen können, welcher Vertragsinhalt zukünftig maßgeblich sein soll.

Eine Regelung, wonach ein Tarifvertrag gelten soll und für den Fall, dass dieser Tarifvertrag „unwirksam wird“, ein anderer Tarifvertrag gelten sollte, ist nicht hinreichend klar.

BAG vom 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07 – Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 12. April 2007 - 21 Sa 62/06 – zit. n. PM des BAG Nr. 5/09

#### **Überlange Bindung des Arbeitnehmers durch Rückzahlungsklauseln**

#### **für Fortbildungskosten macht diese insgesamt unwirksam**

Klauseln, nach denen der Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten verpflichtet ist, unterliegen der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Voraussetzung für eine Rückzahlungsklausel ist, dass die Ausbildung von geldwerter Vorteil für den Arbeitnehmer ist und dieser nicht unangemessen lange an das Arbeitsverhältnis gebunden wird. Bei der Bestimmung der zulässigen Bindungsdauer sind einzelfallbezogen die Vorteile der Ausbildung mit den Nachteilen der Bindung abzuwägen. Ist eine zu lange Bindungsdauer vereinbart, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel insgesamt.

Eine „geltungserhaltende Reduktion“ auf die zulässige Bindungsdauer findet eigentlich nicht statt, jedoch ausnahmsweise dann, wenn es für den Arbeitgeber objektiv schwierig war, die zulässige Bindungsdauer zu bestimmen und sich dieses Prognoserisiko für den Arbeitgeber verwirklicht. Vorliegend hatte der Arbeitgeber statt einer möglicherweise zulässigen Bindung von zwei Jahren eine unzulässige von fünf Jahren vereinbart. Die Rückzahlungsklausel ist insgesamt unwirksam. BAG, Urteil vom 14. Januar 2009 - 3 AZR 900/07 – Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom 6. September 2007 - 10 Sa 142/07 – zit. n. PM des BAG Nr. 4/09

Bearbeitung: RA Fleischmann – Dezember 2009

## **BAG in Langversion – vier Themen in einer Entscheidung**

#### **Überleitung von BAT in TVöD ist Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG**

#### **BR kann durch Verfahren nach § 101 BetrVG Anwendbarkeit des richtigen Tarifvertrags klären**

#### **TVöD ist Nachfolgetarifvertrag zu BAT und nicht anderer TV (Tarifsukzession)**

#### **Personalüberleitungsvertrag kann berechtigender Vertrag zugunsten Dritter sein**

Bundesarbeitsgericht vom 22. April 2009 - 4 ABR 14/08, Aufhebung von LAG München vom 10. Januar 2008 -2 TaBV 83/07

#### **Sachverhalt**

Die Beteiligten streiten, ob bei der Arbeitgeberin beschäftigte Arbeitnehmer in die Entgeltordnung des TVöD-VKA gemäß dem TVÜ-VKA überzuleiten sind und dem bei ihr bestehenden Betriebsrat hierbei ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG zusteht.

Die Arbeitgeberin betreibt eine Fachklinik mit ca. 400 Arbeitnehmern, die im Wege des Betriebsübergangs am 1. Januar 1999 auf sie übergegangen ist. Anlässlich des Erwerbs der Klinik schlossen die L. als Betriebsveräußererin und die Arbeitgeberin am 29. Juni 1998 einen Personalüberleitungsvertrag (*nachfolgend PÜV*), der, soweit für den Rechtsstreit von Bedeutung, wie folgt lautet:

„§ 1 Übergang der Arbeitsverhältnisse

(...)

(2) A. sichert zu, dass sich alle Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer aus den jeweiligen Regelungen des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT, Fassung Bund und Länder), des Manteltarifvertrages für Arbeiter/Arbeiterinnen der Mitglieder der TgRV (MTArb- TgRV), des Tarifvertrages zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Schülerinnen/Schüler, die nach Maßgabe des Krankenpflegegesetzes ausgebildet werden, und den sie ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen sowie aus der für die Fachklinik München-Gauting abgeschlossenen Dienstvereinbarung ergeben.

(3) Von Absatz 2 können sich im Hinblick auf § 4 Absatz 2 Abweichungen ergeben. A. verpflichtet sich, etwaige Verringerungen der Vergütungen (Lohn/Gehalt) der Arbeitnehmer im Wege des Besitzschutzes auszugleichen.

...

§ 4 Zusatzversorgung bei der ZVK

(1) A. verpflichtet sich, die bisher bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder für die übernommenen Arbeitnehmer bestehende Zusatzversorgung durch eine Beteiligung bei der Zusatzversorgungskasse der Bayerischen Gemeinden (ZVK) weiterzuführen.

(2) Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hat A. die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Beteiligung bei der ZVK zu schaffen. Dies gilt vor allem für die Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. (KAV), für das anzuwendende Tarifrecht und für die Einrichtung eines Beirates mit maßgeblichem kommunalen Einfluss im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 der Satzung des KAV.

...

§ 6 Vertragserhaltende Bestimmung

Sollte A. die Erfüllung der in § 4 genannten Verpflichtungen nicht möglich sein, so bleibt der Vertrag gleichwohl wirksam. In diesem Fall ist A. verpflichtet, die Arbeitnehmer anstatt bei einer Zusatzversorgungskasse mindestens gleichwertig bei einer privaten Einrichtung zu versichern.

Die Arbeitgeberin trat mit Wirkung zum 1. Januar 1999 dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. bei. Seit diesem Zeitpunkt wandte sie auf die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer den BAT in der für den Bereich der VKA geltenden Fassung und den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (nachfolgend: BAT-VKA, BMT-G II) an. Alle Arbeitnehmer, die bei der LVA beschäftigt waren, sind seit Beginn des Jahres 1999 in die Vergütungsordnungen dieser Tarifverträge eingruppiert. Auch auf die nach dem 1. Januar 1999 begonnenen Arbeitsverhältnisse wurden diese Tarifverträge angewendet.

In den Arbeitsverträgen der Beschäftigten befinden sich jeweils Bezugnahmeklauseln, die in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages einen unterschiedlichen Wortlaut haben. Ab dem 15. Mai 2001 wurde kein Beschäftigter mehr als Arbeiter eingestellt. Mit Angestellten, die ab dem 1. Januar 1999 bis Ende 2004 bei der Arbeitgeberin ihr Arbeitsverhältnis begonnen haben, wurde grundsätzlich die folgende Bezugnahmeklausel vereinbart:

„§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung, insbesondere den SR 2 Y BAT. Außerdem finden die im Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung.“

Mit Schreiben vom 28. Juni 2004 wandelte die Arbeitgeberin ihre Mitgliedschaft im KAV fristgerecht in eine Gastmitgliedschaft ohne Tarifbindung ab dem 1. Januar 2005 um. Nach dem 1. Januar 2005 geschlossene Tarifverträge des KAV,

namentlich den TVöD-VKA, wendet die Arbeitgeberin nicht mehr an.

Der Betriebsrat begehrt mit dem von ihm eingeleiteten Verfahren seine Beteiligung bei der Überleitung von Arbeitnehmern in die Entgeltordnung des TVöD-VKA nach Maßgabe des § 99 BetrVG. Er ist der Ansicht, die Arbeitgeberin sei zur Anwendung des TVöD-VKA und damit auch zur Überleitung der Beschäftigten gemäß §§ 3 ff. TVÜ-VKA zum 1. Oktober 2005 verpflichtet.

Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt, der Arbeitgeberin aufzugeben, ihn hinsichtlich der zum 1. Oktober 2005 vorzunehmenden Überführung der Mitarbeiter (...) in das Entgeltsystem des TVöD-VKA gemäß § 99 BetrVG zu beteiligen und im Falle der verweigerten Zustimmung die Ersetzung bei Gericht zu beantragen.

Die Arbeitgeberin hält den Antrag für unbegründet. (...) Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet.

Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann der Antrag nicht zurückgewiesen werden. Da es für eine abschließende Entscheidung an Tatsachenfeststellungen des Landesarbeitsgerichts fehlt, ist die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

I. Der Antrag des Betriebsrats ist zulässig.

1. Der Antrag ist darauf gerichtet, den Arbeitgeber zu verpflichten, die Zustimmung des Betriebsrats zu am 1. Oktober 2005 vorzunehmenden Überleitungen der im Antrag genannten Arbeitnehmer in die Vergütungsordnung des TVöD-VKA gemäß den §§ 3 ff. TVÜ-VKA im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG einzuholen und im Falle der beachtlichen Zustimmungsverweigerung das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs.4 BetrVG einzuleiten.

+++ § 101 BetrVG bei unterlassener Eingruppierungsentscheidung +++

2. Der Antrag ist auch ohne Angabe einer bestimmten Vergütungsgruppe hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und ggf. vollstreckungsfähig gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 ArbGG iVm. § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO (vgl. BAG 26. Oktober 2004 -1 ABR 37/03 -zu B I 2 der Gründe, BAGE 112, 238, 244). **Unterlässt der Arbeitgeber die betriebsverfassungsrechtlich gebotene Eingruppierung eines Arbeitnehmers, kann der Betriebsrat sich darauf beschränken zu verlangen, dass der Arbeitgeber die Eingruppierungsentscheidung nachholt und ihn um Zustimmung bittet.** Der Betriebsrat muss mit seinem Antrag nicht zugleich die Angabe der Vergütungsgruppe verbinden, die er selbst für richtig hält. (...)

II. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen. (...)

III. Dem folgt der Senat nicht. (...).

1. Voraussetzung für eine Eingruppierungspflicht des Arbeitgebers ist, dass für die im Antrag aufgeführten Arbeitnehmer die vom Betriebsrat angeführte Vergütungsordnung anzuwenden ist. Sie wird von § 99 Abs. 1 BetrVG vorausgesetzt. Die Rechtsgrundlage der Geltung der Vergütungsord-

nung ist dabei unerheblich (BAG 12. Dezember 2000 -1 ABR 23/00 -zu B I der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 87 betriebliche Lohngestaltung Nr. 20).

### +++ Bezugnahmen auf TVE +++

2. Bei den nach dem 1. Januar 2002 geschlossenen Arbeitsverträgen ergibt die Auslegung der angeführten, grundsätzlich vereinbarten Bezugnahme Klausel, dass es sich um eine unbedingte dynamische Bezugnahme auf den BAT-VKA und den diesen ersetzenden TVöD-VKA handelt, die nicht von der Tarifgebundenheit der Arbeitgeberin abhängig ist. (...)

c) Der Auslegung der Bezugnahme Klausel iSd. Rechtsprechung des Senats steht entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ein Vertrauensschutz der Arbeitgeberin nicht entgegen. Der Senat hat in seinen Entscheidungen vom 18. April 2007 und vom 22. Oktober 2008 begründet, welche Faktoren für die Gewährung eines Vertrauensschutzes und die Festlegung des Stichtags 1. Januar 2002 für die Änderung seiner Rechtsprechung zur Auslegung von arbeitsvertraglichen Verweisungsklauseln maßgebend sind und dass er trotz der zwischenzeitlich geäußerten Kritik an dieser Rechtsprechung festhält (vgl. 18. April 2007 -4 AZR 652/05 -Rn. 42 ff., BAGE 122, 74, 87 ff., 22. Oktober 2008 -4 AZR 793/07 -Rn. 31 ff., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 67 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 40). (...)

d) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin erfasst die Bezugnahme Klausel auch den TVöD-VKA. Bei diesem handelt es sich um einen den BAT-VKA ersetzenden Tarifvertrag iSd. vertraglichen Bezugnahme Klausel. (...) Soweit die Arbeitgeberin meint, weil der TVÜ-VKA in § 2 Abs. 1 Satz 1 eine Ersetzung des BAT-VKA nur gegenüber den tarifgebundenen Mitgliedern des KA V regele, sei gegenüber ihr als nicht tarifgebundenem Gastmitglied der BAT-VKA nicht ersetzt worden, verkennt sie, dass vorliegend nicht die Geltung des TVöD-VKA kraft unmittelbarer Tarifbindung in Frage steht, sondern die durch Auslegung zu ermittelnde Reichweite einer vertraglichen Inbezugnahmeregelung (Ebert, ArbRB 2006, 82, 83).

### +++ BAT zu TVöD kein TV-Wechsel sondern Tarifablösung +++

bb) Die vorliegende Bezugnahme Klausel erfasst entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin auch den den BAT-VKA ersetzenden TVöD-VKA. Es bedarf vorliegend nicht einer Bezugnahme Klausel in Form einer so genannten Tarifwechsel Klausel oder großen dynamischen Verweisungsklausel.

(1) Nach dem Wortlaut der Bezugnahme Klauseln werden auch diejenigen Tarifverträge erfasst, die den BAT-VKA "ersetzen". (...)

(2) Es bedarf auch keiner Tarifwechsel Klausel, damit der TVöD-VKA ohne Weiteres zum Inhalt des Arbeitsvertrages wird (Fieberg NZA 2005, 1226, 1227 f.; Möller/ Welkoborsky NZA 2006, 1382, 1384 f.; Werthebach NZA 2005, 1224, 1226; aA Hümmelich/Maßen NZA 2005, 961, 965; unklar von Steinau-Steinrück NJW-Spezial 2005, 561, der einerseits eine Inbezugnahme des TVöD-VKA bei der Formulierung "ersetzende Tarifverträge" für gegeben an sieht, andererseits aber die Erforderlichkeit einer Tarifwechsel Klausel annimmt). **Die Ersetzung des BAT-VKA durch den TVöD-VKA ist kein Tarifwechsel iSd. Rechtsprechung des Senats zu arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln.**

(a) Eine Tarifwechsel Klausel ist grundsätzlich in den Fallgestaltungen erforderlich, in denen nicht nur die in einer Bezugnahme Klausel genannten Tarifverträge oder Tarifwerke einer Branche erfasst sein sollen, sondern -vorsorglich- auch diejenigen einer anderen Branche oder ein Tarifvertrag oder ein Tarifwerk, das andere Tarifvertragsparteien geschlossen haben (vgl. Senat 22. Oktober 2008 -4 AZR 784/07 -Rn. 18, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 66 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 39). Damit soll für den Fall eines Verbandswechsels des Arbeitgebers (vgl. etwa 22. Oktober 2008 -4 AZR 784/07 -aaO), des Abschlusses eines Firmentarifvertrages mit einer anderen Gewerkschaft oder bei Veränderungen im Bereich des Unternehmens oder des betreffenden Betriebes, in deren Folge im Grundsatz ein Tarifvertrag einer anderen Branche einschlägig wird (s. etwa Senat 18. April 2007 -4 AZR 652/05 - BAGE 122, 74), erreicht werden, dass die Bezugnahme Klausel entweder die Tarifverträge des anderen Verbandes, der anderen Gewerkschaft oder die fachlich oder betrieblich geltenden Tarifverträge -der anderen Branche- erfasst.

(b) Diese Voraussetzungen liegen bei der Ersetzung des BAT-VKA durch den TVöD-VKA ersichtlich nicht vor. **Es handelt sich dabei nicht um einen Fall des Tarifwechsels, sondern um eine von den denselben Tarifvertragsparteien vereinbarte Tarifsukzession** innerhalb des Geltungsbereichs des bisherigen Tarifvertrages (ebenso Fieberg NZA 2005, 1226, 1227 f.; Marschner Anm. zu EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahme Klausel Nr. 12, Möller/ Welkoborsky NZA 2006, 1382, 1384 f.; Werthebach NZA 2005, 1224, 1226; Winter in Bepler/Böhle/Meerkamp/Stöhr BeckOK TVÜ- VKA Stand März 2009 § 1 Rn. 36, 38.2; aA Steinau-Steinrück NJW-Spezial 2005, 561). (...)

### +++ der PÜV als berechtigender Vertrag zugunsten Dritter +++

3. Für diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse mit dem 1. Januar 1999 auf die Arbeitgeberin übergangen, kann der Antrag nicht allein deshalb zurückgewiesen werden, weil der PÜV keinen unmittelbaren Anspruch auf Anwendung des jeweiligen BAT-VKA und BMT -G II sowie in dessen Folge des TVöD-VKA begründen könne, da es sich dann um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handle (...).

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar im Ansatz zutreffend erkannt, dass die Anwendung des TVöD-VKA auf die bereits bei der Rechtsvorgängerin beschäftigten Arbeitnehmer nicht unmittelbar aus den im PÜV getroffenen Abreden folgt. Es hat allerdings nicht geprüft, ob die im PÜV getroffenen Vereinbarungen eine Berechtigung der Arbeitnehmer begründen können, künftig von der Arbeitgeberin die Anwendung der jeweiligen Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes idF für die kommunalen Arbeitgeber zu verlangen, und ob dies von den Arbeitsvertragsparteien zumindest konkludent in der Folgezeit vereinbart wurde, obwohl es selbst in seinem Beschluss die Möglichkeit angesprochen hat, dass durch einen PÜV eine Verpflichtung des Erwerbers begründet werden könne, "den Arbeitnehmern bestimmte Garantien für die Zukunft anzubieten". (...).

bb) Durch den PÜV kann eine unmittelbare Berechtigung der bereits bei der Rechtsvorgängerin beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin auf eine dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes idF für die kommunalen Arbeitgeber nicht begründet werden.

Es würde sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln.

Durch einen Vertrag können keine Lasten für nicht am Vertrag beteiligte Dritte begründet werden (*Senat 20. April 2005 -4 AZR 292/04- Rn. 26, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 35 = EZA TVG § 1 Auslegung Nr. 40; weiterhin 16. Februar 2000 -4 AZR 14/99 -zu 113 b dd der Gründe, BAGE 93, 328, 339*). Deshalb kann für einen Arbeitnehmer durch einen Vertrag, an dem er nicht beteiligt ist, eine dynamische Anwendbarkeit eines Tarifvertrages oder Tarifwerkes ohne seine Zustimmung nicht vereinbart werden. Dagegen spricht nicht nur, dass Tarifverträge in der Regel auch Pflichten des Arbeitnehmers begründen, die nicht ohne weiteres im Sinne einer Gesamtbewertung von begünstigenden und benachteiligenden Regelungen außer Acht gelassen werden können (*s. auch BGH 10. Februar 1977 -11 ZR 120/75 -zu I 2 b aa der Gründe, BGHZ 68, 225, 232*). Hinzu kommt, dass Tarifverträge auch zu Lasten der Arbeitnehmer geändert werden können und somit die Möglichkeit einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen eröffnet wird, die arbeitsvertraglich nicht gegeben wäre, sondern einer Änderungsvereinbarung oder einer wirksamen Änderungskündigung bedürfte (*ebenso C. Meyer SAE 2007, 9, 10; Möller NZA 2006, 579, 581; ders. AuA 2006, 119*). Das gilt nicht nur für den Fall der erstmaligen Vereinbarung einer Bezugnahme, sondern auch bei der Sicherung einer bisher geltenden dynamischen Inbezugnahme (*Abgrenzung zu Senat 20. April 2005 -4 AZR 292/04 -Rn. 27, aaO; aA Hohenstatt/Schramm NZA 2006,251,253*).

cc) Das Landesarbeitsgericht hat aber nicht geprüft, ob sich die Regelungen des PÜV und dabei insbesondere die Bestimmungen in § 1 Abs. 2 und 3, § 4 Abs. 2 PÜV - zumindest im Wege ergänzender Vertragsauslegung - als rechtsgeschäftliche Regelung zwischen der LVA und der Arbeitgeberin darstellen, wonach für die vom PÜV erfassten Arbeitnehmer ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Arbeitgeberin begründet wird, die dynamische Bezugnahme der im PÜV genannten Tarifwerke mit ihnen zu vereinbaren (*zur Fallgestaltung der so genannten Eintrittsklausel bei Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen BGH 29. September 1977 -11 ZR 214/75 -zu B II 2 a der Gründe, NJW 1978, 264; s. weiterhin nur Bayer Der Vertrag zugunsten Dritter 1995 S. 1671.; mwN in Fn.217; MünchKomm/Ulmer/Schäfer BGB 5. Aufl. § 727 Rn. 57; Staudinger/Jagmann BGB §§ 328 -359 Neubearbeitung 2004 § 328 Rn. 1801:). **Es ist möglich, einem Dritten in dem Vertrag, der zu seinen Gunsten geschlossen wird, eine Verpflichtung dergestalt aufzuerlegen, das er das Recht nur erwirbt, wenn er eine Verpflichtung übernimmt** (*Staudinger/Jagmann BGB §§ 328 -359 Neubearbeitung 2004 § 328 Rn. 25; MünchKomm/Gottwald BGB 5. Aufl. § 328 Rn. 193; jew. mwN*). Durch eine solche Begründung einer Berechtigung für die Arbeitnehmer kann es sich auch bei dem PÜV um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter iSd. § 328 Abs. 1 BGB handeln (*zum Eintrittsrecht als Vertrag zugunsten Dritter Bayer aaO, mwN, MünchKomm/Ulmer/Schäfer aaO; MünchKomm/Gottwald aaO, Rn. 23*).*

dd) Einer **Auslegung des PÜV als berechtigender Vertrag zugunsten Dritter** nach § 328 BGB ist entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht bereits nach dessen Wortlaut ausgeschlossen.

(1) Für eine Berechtigung der Arbeitnehmer, die Vereinbarung einer dynamischen Anwendung von Tarifverträgen verlangen zu können, spricht zunächst der Wortlaut in § 1 Abs.2 PÜV, wonach die Arbeitgeberin zusichert, dass sich

die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer aus den dort genannten Tarifverträgen ergeben. Allein der Umstand, dass die Zusicherung nicht ausdrücklich gegenüber "den Arbeitnehmern" erfolgt, steht entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin einer Auslegung des PÜV als berechtigender Vertrag zugunsten Dritter nicht entgegen. Maßgebend für die Auslegung eines Vertrages und den Willen der Vertragsparteien sind die Verhältnisse im Deckungsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und der Rechtsvorgängerin als Parteien des PÜV (*s. nur Senat 10. Dezember 2008 -4 AZR 881/07 -Rn. 22, mwN*). Die Annahme eines berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter liegt dann nahe, wenn der Versprechungsempfänger eine Leistung lediglich im Interesse des oder der Dritten verabredet hat (*s. nur BGH 16. Oktober 1990 -XI ZR 330/89- zu I 2 b der Gründe mwN, NJW 1991,2209*).

Ein eigenes rechtliches Interesse der Rechtsvorgängerin an einer Zusicherung der Arbeitgeberin und damit lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung allein der LVA gegenüber, dass sich die Rechte und Pflichten der vormals bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer zukünftig nach den genannten Tarifregelungen bestimmen, ist nicht ersichtlich. Naheliegender erscheint es vielmehr, dass durch diese "Zusicherung" für die vom Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmer eine entsprechende Berechtigung begründet werden sollte. Da zugleich die Anwendung der "jeweiligen" Tarifregelungen einschließlich der sie ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge seitens der Arbeitgeberin zugesichert wird, spricht dies für eine dynamische Einbeziehung der Tarifregelungen (*s. auch Senat 20. April 2005 -4 AZR 292/04 -Rn. 21, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 35 = EZA TVG § 1 Auslegung Nr. 40*). Bei dem Inhalt der Abrede in § 1 Abs. 2 PÜV handelt es sich ersichtlich auch nicht lediglich um eine deklaratorische Wiedergabe der sich aus § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Rechtslage, wie es die Arbeitgeberin meint.

(2) Ein anderes ergibt sich auch nicht zwingend aus dem Umstand, dass in § 1 Abs. 2 PÜV andere Tarifregelungen aufgeführt sind als diejenigen, deren Anwendung im vorliegenden Verfahren zwischen den Beteiligten im Streit stehen. Nach § 1 Abs. 3 PÜV können sich hinsichtlich der in § 1 Abs.2 PÜV genannten Tarifregelungen "im Hinblick auf § 4 Abs. 2 Abweichungen ergeben". Im Hinblick auf die in § 4 Abs. 2 PÜV aufgeführten Verpflichtungen der Arbeitgeberin, namentlich hinsichtlich einer "Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern" und "für das anzuwendende Tarifrecht", kann sich nach dem Regelungszusammenhang von § 1 Abs. 2 und 3, § 4 Abs. 2 PÜV eine Berechtigung der Arbeitnehmer zur dynamischen Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes idF für die kommunalen Arbeitgeber ergeben. Diese Regelungstechnik lässt sich aus dem Umstand erklären, dass die Parteien nicht mit Sicherheit davon ausgingen, dass es zur Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes idF für die kommunalen Arbeitgeber kommen wird, wie die Regelung des § 6 PÜV zeigt. In diesem Fall soll es bei dem Tarifrecht verbleiben, welches in § 1 Abs. 2 PÜV genannt ist. (...)

+++ Überleitung ist Umgruppierung +++

IV. Der Antrag ist auch nicht aus anderen Gründen zurückzuweisen. Er ist entgegen der Rechtsauffassung der Arbeitgeberin nicht bereits deshalb unbegründet, weil es unabhängig von ihrer Verpflichtung zur Anwendung der Entgeltordnung des TVöD-VKA bereits an einem Mitbestimmungs-



recht des Betriebsrats bei der Überleitung in diese Entgeltordnung fehlte. **Bei der Überleitung von Arbeitnehmern in die Entgeltordnung des TVöD-VKA nach den Bestimmungen der §§ 3 bis 7 TVÜ-VKA handelt es sich um eine Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und daher um eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme.**

1. Der Betriebsrat kann in Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Ein- oder Umgruppierung vorgenommen hat, ohne zuvor versucht zu haben, die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats einzuholen, gemäß § 101 BetrVG zur Sicherung seines Mitbestimmungsrechts die nachträgliche Einholung seiner Zustimmung sowie bei deren Verweigerung die Durchführung des arbeitsgerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verlangen (BAG 31. Mai 1983 -1 ABR 57/80 -zu B II 1 b bb der Gründe, BAGE 43, 35, 45; 9. Februar 1993 -1 ABR 51/92 -zu B II 2 der Gründe, BAGE 72, 187, 192 f.). Das setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber überhaupt eine Ein- oder Umgruppierung vorgenommen hat (BAG 23. September 2003 -1 ABR 35/02 -zu B I 2, vor a der Gründe, BAGE 107, 338).

Fehlt es bereits hieran, kann und muss der Betriebsrat zur Sicherung seiner Mitbestimmungsrechte verlangen, dem Arbeitgeber zunächst die Ein- oder Umgruppierung in die maßgebende Vergütungsordnung aufzugeben und ihn sodann zur Einholung seiner -des Betriebsrats - Zustimmung sowie bei deren Verweigerung zur Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens zu verpflichten (BAG 17. Juni 2008 -1 ABR 37/07 -Rn. 18, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 126 = EzA BetrVG 2001 § 99 Umgruppierung Nr. 4; 12. Dezember 2000 -1 ABR 23/00 -zu B I der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr.20; 12. August 1997 -1 ABR 13/97- zu B II 2 b bb der Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 1; 18. Januar 1991 -1 ABR 53/90 -zu B II 1 der Gründe, BA GE 68, 104, 108; 20. Dezember 1988 -1 ABR 68/87 -zu B III 2 d der Gründe, BAGE 60, 330, 343). Voraussetzung hierfür ist eine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zur Ein- oder Umgruppierung.

2. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG besteht in den Fällen der Ein- und Umgruppierung in einem Recht auf Mitbeurteilung der Rechtslage. Eine Ein- oder Umgruppierung stellt keine Rechtsgestaltung dar, sondern einen gedanklichen Vorgang. Sie ist ein Akt der Rechtsanwendung und die Kundgabe des hierbei gefundenen Ergebnisses (BAG 12. Januar 1993 -1 ABR 42/92 -BAGE 72, 123, 137 f.). Hieran ist der Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen. Bei seinem Mitbestimmungsrecht handelt es sich um ein Mitbeurteilungsrecht im Sinne einer Richtigkeitskontrolle (BAG 27. Juni 2000 -1 ABR 36/99 -zu II 1 b der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 23 = EzA BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 3). Aufgabe und Recht des Betriebsrats ist es, u. a. zu überwachen, ob die vom Arbeitgeber bekundete Rechtsansicht -die Eingruppierung in die Entgeltordnung -richtig ist (BAG 12. Januar 1993 -1 ABR 42/92 -zu B II 3 der Gründe mwN, aaO).

Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG soll dazu beitragen, dass dabei möglichst zutreffende Ergebnisse erzielt werden (BAG 9. März 1993 -1 ABR 48/92 -zu B II 1 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 104 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 113; 21. März 1995 -1 ABR 46/94 -zu B II 1 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 127). Das Mitbeurteilungsrecht dient der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Vergü-

tungsordnung und damit der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie der Transparenz der Vergütungspraxis (BAG 3. Mai 2006 -1 ABR 2/05 -Rn. 25, BA GE 118, 141, 147; 28. April 1998 -1 ABR 50/97 -zu B I 2 der Gründe, BAGE 88, 309, 312). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Beurteilungsakt eine Eingruppierung zum Gegenstand hat oder eine Umgruppierung (BAG 2. April 1996 -1 ABR 50/95 -zu B II 1 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 138).

Eine Umgruppierung iSv. § 95 Abs. 1, § 99 Abs. 1 BetrVG ist die Neueinreihung des Beschäftigten in eine im Betrieb geltende Vergütungsordnung. Sie besteht in der Feststellung, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht oder nicht mehr den Merkmalen der Vergütungsgruppe entspricht, nach der er bisher eingruppiert ist, sondern denen einer anderen (BAG 10. Dezember 2002 -1 ABR 27/01 -zu B III 3 b cc [1] der Gründe mwN, BAGE 104, 187, 199; 13. Februar 2003 -8 ABR 53/01 -zu II 2 a der Gründe, EzA TVG § 4 Einzelhandel Nr. 54). Eine Umgruppierung findet nicht nur statt, wenn dem Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit zugewiesen wird, die den Tätigkeitsmerkmalen einer anderen Vergütungsgruppe entspricht, sondern auch, wenn sich bei gleich bleibender Tätigkeit des Arbeitnehmers die Vergütungsordnung ändert (BAG 10. Dezember 2002 -1 ABR 27/01 -aaO; 27. Juli 1993 -1 ABR 11/93 -zu B II 1 der Gründe, BAGE 74, 10, 16). Das Mitbestimmungsverfahren bei einer Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 BetrVG ist ein einheitliches Verfahren, das diesen Vorgang in allen Teilen erfasst. Auch wenn die Umgruppierungsentscheidung mehrere Fragestellungen beinhaltet, kann der Arbeitgeber das Mitbestimmungsverfahren nicht auf die einzelnen Teile beschränken. Eine "richtige" Umgruppierung, zu der die Zustimmung nach § 99 BetrVG einzuholen ist, liegt nur dann vor, wenn alle Teilfragen zutreffend beurteilt worden sind; eine "Teileingruppierung" kommt einer unrichtigen, unzutreffenden Eingruppierung gleich (BAG 27. Juni 2000 -1 ABR 36/99 -zu B I 2 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr.23 = EzA BetrVG 1972 § 99 Ein- gruppierung Nr. 3; 27. Juli 1993 -1 ABR 11/93 -zu B II 1 der Gründe, aaO).

**3. Ausgehend von diesen Maßstäben handelt es sich bei der Überleitung in die neue Entgeltordnung des TVöD-VKA nach den Vorschriften der §§ 3 bis 7 TVÜ-VKA um eine mitbestimmungspflichtige Umgruppierung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.**

a) Die Überleitung nach dem TVÜ-VKA in den TVöD-VKA erfolgt in drei Schritten (BAG 26. Juni 2008 -6AZR 498/07- Rn. 18 ff, AP BMT-G II § 6 Nr. 2; 27. November 2008 -6 AZR 632/08 -Rn. 30 ff, ZTR 2009, 192). Nach den maßgebenden Vorschriften der §§ 3 bis 7 TVÜ-VKA fehlt es bei der Überleitung der vormalig nach den Vergütungsordnungen des BAT -VKA und des BMT-G II eingruppierten Arbeitnehmer nicht an einer Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber. Erforderlich sind in Bezug auf jeden Arbeitnehmer die Ermittlung der für die Überleitung maßgebenden Tatsachen und ihre Subsumtion anhand von Rechtsvorschriften des TVÜ-VKA. Damit einher geht eine Richtigkeitskontrolle des gefundenen Ergebnisses. Dies begründet das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats iSd. § 99 Abs. 1 BetrVG.

aa) In einem ersten Schritt nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVÜ-VKA wird die bisherige Vergütungsgruppe des Angestellten und die Lohngruppe des Arbeiters der neuen Entgeltgruppe nach der Anlage 1 zum TVÜ-VKA zugeordnet. Dabei ist zwar die Basis für diese Zuordnung nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVÜ-VKA iVm. der Anlage 1 TVÜ-VKA die Vergütungs- und Lohngruppe, in der der Beschäftigte im September 2005 tat-

sächlich eingruppiert ist (...). Auch ordnet der TVÜ-VKA ausgehend von einer bestehenden Eingruppierung anhand der Anlage 1 TVÜ-VKA nach einem tariflich festgelegten Schema sämtliche nach den Vergütungsordnungen des BAT - VKA und des BMT -G II eingruppierten Beschäftigten einer bestimmten Entgeltgruppe des TVöD zu (für einen das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats ausschließenden "Automatismus" daher Clemens/ Scheuring/ Steingen/ Wiese TVöD Stand Juli 2008 TVÜ-VKA Rn. 21; Ilbertz ZfPR 2006, 73; ähnlich VG Mainz 5. April 2006 -5 K 592/05 -NZA-RR 2006, 502).

Gleichwohl handelt es sich bei der Überleitung in eine neue Vergütungsordnung bezogen auf den einzelnen Arbeitnehmer bereits bei diesem ersten Schritt jeweils um einen Akt der Rechtsanwendung. Hier greift das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG ein (ebenso Rehak in Lorenzen/ Etzel/ Gerhold/ Schlatmann/ Rehak/ Faber Bundespersonalvertretungsgesetz Stand Februar 2009 § 75 Rn. 22; Kaiser in Richardi/ Dörner/ Weber BPersVG 3. Aufl. § 75 Rn. 40; Altvater/Peiseler Bundespersonalvertretungsgesetz 5. Aufl. § 75 Rn. 23; Altvater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler Bundespersonalvertretungsgesetz 6. Aufl. § 75 Rn. 36; Rothländer ZTR 2009, 619, 623 f.; iE auch Hamer/Görg/Guth Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst 3. Aufl. Erläuterung zu den Übergangstarifverträgen Rn. 13; einschränkend Schürmann PersR 2005, 360, für den Fall, dass eine für die Überleitung erhebliche Fallgruppe noch nicht festgestellt ist; aA Breier/ Dassau/ Kiefer/ Lang/ Langenbrinck TVöD Stand März 2009 TVÜ-VKA Rn. 4; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Juli 2008 TVÜ-VKA Rn. 21; Dassau/Langenbrinck TVöD 2005 S. 14; Dassau/Wiesend-Rothbrust TVöD 2008 § 4 TVÜ-VKA Rn. 5; Kallenberg ZfPR 2007, 20, 21; Kuner Der neue TVöD 2006 S. 34, Rn. 43; Steinau-Steinrück NZA 2006, 518, 522; für § 69 Abs. 1 Nr. 2 PersVG RP VG Mainz 5. April 2006 -5 K 592/05 -NZA-RR 2006, 502, m. zust. Anm. Ilbertz ZfPR 2006, 73, 73 f). Denn für die Zuordnung nach der Anlage 1 TVÜ-VKA ist sowohl die Vergütungs- oder Lohngruppe als auch die jeweilige Fallgruppe zu ermitteln, da bei der Zuordnung zu den einzelnen Entgeltgruppen danach unterschieden wird, ob es sich um eine Aufstiegsfallgruppe innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe handelt oder nicht. Je nach der bestehenden Eingruppierung in einer bestimmten Fallgruppe kann trotz gleicher Vergütungsgruppe nach dem BAT-VKA oder dem BMT-G 11 eine Zuordnung in eine höhere oder niedrigere Entgeltgruppe erfolgen, wie die Anlage 1 zum TVÜ-VKA verdeutlicht (etwa VergGr. IVa BAT: Überleitung in die Entgeltgruppe 10 oder 11 TVöD). Darüber hinaus ist bei der Überleitung die Vorschrift des § 4 Abs. 2 TVÜ-VKA zu beachten. Diese enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die im Monat September 2005 maßgebende Vergütungs- oder Lohngruppe einschlägig ist. Diejenigen Beschäftigten, die bei Fortgeltung des bisherigen Tarifrechts im Oktober 2005

die Voraussetzungen für einen Bewährungs-, Fallgruppen- oder Tätigkeitsaufstieg erfüllt hätten, werden so behandelt, als wären sie bereits im September 2005 höhergruppiert worden. Nach § 4 Abs. 3 TVÜ-VKA werden Beschäftigte, die bei Fortgeltung des bisherigen Tarifrechts im Oktober 2005 in eine niedrigere Vergütungsgruppe eingruppiert worden wären, für die Überleitung so angesehen, als hätte die Herabgruppierung bereits im September 2005 stattgefunden. Beide Voraussetzungen müssen anlässlich der Überleitung jeweils für den einzelnen Beschäftigten überprüft werden.

bb) Um eine Rechtsanwendung, die dem Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats unterliegt, handelt es sich auch bei den beiden weiteren Überleitungsschritten. (...)

cc) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin kommt es für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht darauf an, ob die Überleitung mit einer Anwendung der abstrakten Tätigkeitsmerkmale der zugrunde liegenden Vergütungsordnungen und damit einer wertenden, weil mit einem Beurteilungsspielraum einhergehenden Entscheidung des Arbeitgebers verbunden ist. (...)

Ein anderes ergibt sich nicht aus der Entscheidung des Ersten Senats vom 3. Mai 2006, die die Arbeitgeberin anführt. Der Erste Senat hat in dem Beschluss ausgeführt, das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG reiche nicht weiter als die Notwendigkeit zur Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber. Wo es der Anwendung abstrakter Tätigkeitsmerkmale einer Vergütungsordnung auf die mit einer konkreten Arbeitsstelle verbundenen Tätigkeitsaufgaben zur korrekten Einreihung des Arbeitnehmers nicht bedürfe, bestehe kein Erfordernis der Beurteilung der Rechtslage durch den Arbeitgeber und damit kein Erfordernis der Mitbeurteilung durch den Betriebsrat (BAG 3. Mai 2006 - 1 ABR 2/05 - Rn. 26, BAGE 118, 141, 147). Die fehlende Notwendigkeit der Anwendung abstrakter Tätigkeitsmerkmale in dem vom Ersten Senat entschiedenen Fall hatte allerdings nicht zur Folge, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats überhaupt nicht bestand. Vielmehr führte dieser Umstand lediglich dazu, dass sich der Umfang des Mitbeurteilungsrechts des Betriebsrats und damit auch die maßgebenden Zustimmungsverweigerungsgründe am Umfang der Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber zu orientieren hatten (BAG 3. Mai 2006 - 1 ABR 2/05 - Rn. 44, BAGE 118, 141, 151). Dass sich die Mitbeurteilung des Betriebsrats aufgrund der konkretisierten Vorgaben der Tarifvertragsparteien im Einzelfall auf die Kontrolle einer zutreffenden Berechnung durch den Arbeitgeber reduzieren mag und von daher Zustimmungsverweigerungsgründe nur in diesem geringen Umfang bestehen, führt nicht dazu, dass das Mitbeurteilungsrecht gänzlich entfällt.

## Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (verantwortlich i.S.d.P.)

Hinweis : Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden.

Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet