

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

2. Halbjahr 2012

### NEUES

#### vom BAG

Unterstützerstreik – **Betriebs-  
übergang** – betriebliche  
Übung– **Stalking** – Ausspruch  
einer Kündigung ggü. SchwB  
– **Sonderkündigungsschutz  
BR** –Umgruppierung – **Ar-  
beitszeitkonto** –ATZ und  
**betriebl. Altersversorgung** –  
**Mindestlohn**– Massenentlas-  
sungsanzeige – **Stichtag bei  
Sonderzahlung** – Frage nach  
Schwerbehinderung – **Daten-  
schutz bei bEM**– Schulung  
**Rspr. Des BAG** – **Anwalt für  
JAV** – MB bei Dienstkleidung -  
**u. v. m.**

#### Weitere Themen

- ▶ **Tendenzbetrieb S. 3**
- ▶ **Vorlage AU-  
Bescheinigung S. 6**
- ▶ **klick-tipps**
- ▶ **BR-Widerspruch ge-  
gen Dauer-Leiharbeit**

## EuGH verbietet mittelbare Diskriminierung Schwerbe- hinderter bei Sozialplan

EuGH vom 06.12.12, C-152/11 Odar

Die Kürzung einer Sozialplanabfindung wegen Möglichkeit des früheren Bezugs von Altersrente für schwerbehinderte Menschen verstößt gegen Benachteiligungsverbot. Dies hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 06.12.12 (C-152/11 Odar) festgestellt.

#### 1. Entschei- dung

Der durch un-  
sere Kanzlei  
vertretene

Kläger war aus betriebsbedingten Gründen (Standortverlagerung) aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Der anlässlich der Standortverlagerung abgeschlossene Sozialplan sah für Mitarbeiter, die ihren Arbeitsplatz verlieren, Abfindungen vor. Bei Mitarbeitern, welche älter als 54 Jahre sind, wurde für die Berechnung der Abfindung auf das

### früherer Rentenbeginn darf nicht mit Abfin- dungskürzung bestraft werden

Gehalt abgestellt, welches sie bis zum frühest möglichen Renteneintritt bezogen hätten.

Der EuGH führt aus, eine derartige Sozialplanregelung verstoße gegen das in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 normierte Verbot der Benachteiligung wegen Behinderung.

Der Ar-  
beitgeber  
sowie die  
deutsche  
Regierung  
hatten damit  
argumentiert,

die Minderung der Abfindung sei gerechtfertigt, weil schwerbehinderte Arbeitnehmer dafür den Vorteil hätten, bereits drei Jahre früher Altersrente in Anspruch nehmen zu können als nichtbehinderte Arbeitnehmer.

Dieser Argumentation hat der EuGH eine klare Absage erteilt. Nach Auffassung der Richter liefe

dies darauf hinaus, dass der Zweck der entsprechenden Rentenregelung für schwerbehinderte Menschen unterlaufen würde. Dieser bestehe nämlich gerade darin, den Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, mit denen schwerbehinderte Arbeitnehmer konfrontiert sind. Das Risiko, dass schwerbehinderte Menschen unabweisbaren finanziellen Aufwendungen in Zusammenhang mit ihrer Behinderung ausgesetzt sind und/oder sich diese Aufwendungen mit zunehmendem Alter erhöhen, werde durch eine derartige Abfindungsberechnung nicht hinreichend berücksichtigt.

## 2. Bewertung

Der EuGH hat mit dieser Entscheidung ein deutliches Signal gegen die Diskriminierung von behinderten Arbeitnehmer(inne)n gesetzt. Wir halten das Urteil insbesondere deshalb für wichtig, weil zwar das Thema Altersdiskriminierung in den letzten Jahren (völlig zu Recht!) in Rspr. und Literatur große Beachtung gefunden hat, die Problematik der Diskriminierung wegen Behinderung jedoch eher eine untergeordnete Rolle spielte. Es bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung dazu beiträgt, die Problematik der Diskriminierung, vor allem auch

die mittelbare, d.h. „versteckte“ Diskriminierung, von behinderten Arbeitnehmern mehr in den Fokus zu rücken und auch auf betrieblicher Ebene mehr Problembewusstsein zu schaffen.

## 3. Ausblick

Darüber hinaus drängt sich die Frage auf, ob nicht im Lichte dieser Entscheidung ein Abstellen auf die in § 237a geregelte Altersrente für Frauen (bis Geburtsjahrgang 1952) ebenfalls eine unzulässige Benachteiligung, in diesem Falle wegen des Geschlechts, sein könnte.

*RAin Barbara Renkl*

*Auszüge der Urteilsbegründung finden sich ab Seite 11ff*

# BAG-Splitter

## 1. Halbjahr 2012

Bitte beachten, dass Widergabe stark verkürzt und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist.

### **BAG vom 19.6.2012 - 1 AZR 775/10 Warnstreik und Unterstützerstreik unterscheiden!**

Ein Warnstreik im Hinblick auf einen Verbandstarifvertrag ist rechtswidrig, wenn das bestreikte Unternehmen zum Zeitpunkt der Streikmaßnahme nicht mehr dem Verband angehört und dies der Gewerkschaft hinreichend bekannt ist. Dann kann diese nach § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet werden.

Ein Unterstützerstreik wäre durchaus möglich, wobei aber eine nachträgliche Umdeutung des Warnstreiks in einen Unterstützungsstreik ausscheidet, so der erste Senat des BAG.

*BAG vom 19. Juni 2012 - 1 AZR 775/10, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 26. November 2010 - 8 Sa 446/10 - zit. nach PM des BAG Nr. 46/12*

### **BAG vom 23.5.2012 - 1 AZB 58/11, 23.5.2012 - 1 AZB 67/11, 22.5.2012 - 1 ABN 27/12 - CGZP war nie tariffähig**

Die am 11. Dezember 2002 gegründete Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) war nie tariffähig. Bereits nach dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010 (- 1 ABR 19/10 -) ist sie keine Spitzenorganisation, die in eigenem Namen Tarifverträge abschließen kann. Nun ist klargestellt, dass dies auch für vorangegangene Zeiträume gilt, wenngleich die Satzung nicht identisch war.

*BAG vom 22. Mai 2012 - 1 ABN 27/12, 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11, 23. Mai 2012 - 1 AZB 67/11 - zit. nach PM des BAG Nr. 39/12*

### **BAG vom 16.5.2012 - 4 AZR 320/10 und 4 AZR 321/10 - Nur in Kraft getretene Tarifverträge unterfallen beim Betriebsübergang**

§ 613a Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB Tritt ein Tarifvertrag nicht mit seinem Abschluss, sondern erst später in Kraft, ist für den Beginn der Tarifgeltung der Zeitpunkt des Inkrafttretens maßgebend. Zuvor gehört der tarifvertragliche Regelungsbestand nicht zu den Rechten und Pflichten aus dem im Zeitpunkt eines Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB.

*BAG vom 16. Mai 2012 - 4 AZR 320/10 und 321/10 –Aufhebung LAG Sachsen-Anhalt vom 10. März 2010 - 4 Sa 215/09 und 4 Sa 218/09 - zit. nach PM des BAG Nr. 36/12*

**Hinweis:** Etwas anderes gilt, wenn der TV in Kraft ist, die Leistung (z.B. Lohn-erhöhung) aber erst später erfolgen soll. Dann hat sie der Übernehmer, wenn kein eigener Tarifvertrag besteht individualrechtlich zu erbringen.

### **BAG vom 15.5.2012 - 3 AZR 128/11 - Anspruch aus betrieblicher Übung auf Vereinbarung eines Versorgungsrechts**

Bietet der Arbeitgeber vorbehaltlos über Jahre hinweg seinen

Arbeitnehmern bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen den Abschluss eines Versorgungsvertrages an, der ua. eine Versorgung nach beamtenähnlichen Grundsätzen vorsieht, so ist er aufgrund betrieblicher Übung verpflichtet, allen anderen Arbeitnehmern, die die Voraussetzungen erfüllen, den Abschluss eines inhaltsgleichen Versorgungsvertrages anzubieten.

BAG vom 15. Mai 2012 - 3 AZR 128/11 - Bestätigung von LAG München vom 21. Dezember 2010 - 9 Sa 484/10 - Parallelentscheidungen: (- 3 AZR 129/11 -, - 3 AZR 279/11 -, - 3 AZR 281/11 -, - 3 AZR 469/11 -, - 3 AZR 508/11 -, - 3 AZR 509/11 -, - 3 AZR 511/11 - und - 3 AZR 610/11 -), zit nach PM des BAG Nr. 34/12

**Hinweis:** zwei der vorgenannten Verfahren wurden von unserer Kanzlei vor dem BAG vertreten

### BAG vom 10.5.2012 - 8 AZR 639/10 - Kein Betriebsübergang bei Neuvergabe eines Auftrags zur Ausübung der Notfallrettung

Wird einer mit der Notfallrettung beauftragten privaten Organisation der Auftrag gekündigt, so gehen die Arbeitsverhältnisse ihrer Arbeitnehmer infolge Betriebsübergangs nur dann auf den Träger des öffentlichen Rettungsdienstes über, wenn dieser die Notfallrettung selbst übernimmt, nicht jedoch, wenn er andere private Organisationen damit betraut.

BAG vom 10. Mai 2012 - 8 AZR 639/10 - Vorinstanz: Sächsisches LAG, Urteil vom 24. September 2010 - 3 Sa 79/10 - zit. nach PM des BAG Nr. 33/12

### BAG vom 19.4.2012 - 2 AZR 258/11 - "Stalking" als Kündigungsgrund

Stellt ein Arbeitnehmer einer Kollegin unter bewusster Missachtung ihres entgegenstehenden Willens im Betrieb oder im Zusammenhang mit der geschuldeten Tätigkeit beharrlich nach, ist dies an sich als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Auf die strafrechtliche Würdigung kommt es dabei nicht entscheidend an.

Es handelt sich einerseits um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen, aber auch um eine erhebliche Pflichtverletzung gegenüber dem Arbeitgeber, da dieser die Integritätsinteressen seiner Mitarbeiter zu schützen hat.

BAG vom 19. April 2012 - 2 AZR 258/11 - Aufhebung und Rückverweisung von Hessisches LAG vom 3. November 2010 - 2 Sa 979/10 - zit nach PM des BAG Nr. 32/12

**Hinweis:** in der Entscheidung auch Ausführungen zum Wesen und Notwendigkeit einer Abmahnung

### BAG vom 19.4.2012 - 2 AZR 118/11 Unverzüglichkeit der Kündigung nach Zustimmung des Integrationsamts zu a.o. Kündigung

Bei einem Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung hat das Integrationsamt gem. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX innerhalb von zwei Wochen zu entscheiden. Entscheidet es nicht, gilt die Zustimmung als erteilt. Nach erteilter Zustimmung beginnt keine neue Ausschlussfrist iSv. § 626 Abs. 2

## Totschlagargument Tendenzbetrieb!?

### Erste Antworten auf Fragen zur Mitbestimmung

Vielen Betriebsräten wird die Arbeit dadurch erschwert, dass Unternehmen sich als Tendenzbetrieb bezeichnen und dadurch versuchen, Teile der betrieblichen Mitbestimmung auszuschließen. Denn in Tendenzbetrieben gelten nach § 118 BetrVG die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes unter bestimmten Voraussetzungen nur eingeschränkt. Es lohnt sich daher einen kurzen Blick auf die Ausnahmeregelung des § 118 BetrVG zu werfen. Was ist ein Tendenzbetrieb und welche Voraussetzungen führen zu einer eingeschränkten MB oder schließen diese aus:

### Ausnahmeregelung § 118 BetrVG

Bei § 118 BetrVG handelt es sich um eine Ausnahmeregelung deren Anwendungsbereich vom Sinn und Zweck der Regelung her zu beleuchten ist. Durch die Bestimmung sollen in erster Linie die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 5 GG (Presse- Rundfunk-, Wissenschafts-, Kunstfreiheit), Art. 4 GG (Glaubens- und Bekenntnisfreiheit) und Art. 9 Abs 3 GG (Koalitionsfreiheit) vor Beeinträchtigungen geschützt werden. Auf Religionsgemeinschaften und ihren karitativen und erzieherischen Einrichtungen findet das BetrVG überhaupt keine Anwendung (§ 118 Abs. 2 BetrVG).

Zudem werden Unternehmen und Betriebe privilegiert, die karitativen oder erzieherischen Zwecken dienen. Die Begünstigung beruht jedoch nicht auf dem Grundrechtsschutz, sondern auf dem besonderen Unternehmenszweck. An den Tendenzschutz sind daher höhere Anforderungen zu stellen.

### Was ist ein Tendenzunternehmen/-betrieb i. S. von §118 BetrVG

Unter Unternehmen und Betriebe mit Tendenzcharakter sind Betriebe zu verstehen, die eine **geistig-ideelle Zielsetzung** verfolgen, d.h.

- ⌘ politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen

Dabei ist auf die konkrete Tätigkeit des Betriebes, nicht auf die Eigenschaft des Rechtsträgers abzustellen.

Das Unternehmen bzw. der Betrieb muss zudem **unmittelbar** auf die geistig-ideelle Zielsetzung ausgerichtet sein. Der Tendenzschutz muss also im Betrieb selbst verwirklicht werden. Eine wirtschaftliche oder administrative Unterstützung eines anderen Tendenzbetriebes (z.B. Druckerei eines Presseunternehmens) reicht nicht aus.

Die geistig-ideelle Zielsetzung muss darüber hinaus auch **überwiegender** Unternehmenszweck sein. Dabei ist auf den Umfang des Personaleinsatzes oder sonstiger Mittel zur Erreichung des tendenzgeschützten Zieles, oder auf den erreichten Umsatz abzustellen. Eine karitative Zielsetzung kann bspw. nur angenommen werden, wenn die Tätigkeit nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung verfolgt wird und dadurch auch keine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung erfüllt wird.

*weiter auf nächster Seite*

BGB zu laufen, sondern die Kündigung ist unverzüglich zu erklären.

Hat das Integrationsamt innerhalb der zwei Wochen des. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX entschieden und die Entscheidung noch vor Ablauf der Frist zur Post gegeben, tritt die Zustimmungsfiktion nicht ein. Teilt das Integrationsamt lediglich mit, dass es eine Entscheidung getroffen habe, darf der Arbeitgeber zunächst auf die Zustellung des Bescheids eine - nicht gänzlich ungewöhnliche - Zeit warten (hier eine Woche), bevor er die Kündigung erklärt. BAG vom 19.4.2012 - 2 AZR 118/11, *Aufhebung und Rückverweisung von LAG Thüringen vom 1. Juli 2010 - 5 Sa 467/09*

### **BAG 19.4.2012 - 2 AZR 233/11 Sonderkündigungsschutz eines Ersatzmitglieds des Betriebsrats - Entfernung einer Abmahnung nach Ende des AV**

Der nachwirkende besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG besteht für die Dauer eines Jahres nach dem Ende der Tätigkeit als Ersatzmitglied. Er tritt allerdings nur ein, wenn das Ersatzmitglied in der Vertretungszeit konkrete Betriebsratsaufgaben tatsächlich wahrgenommen hat. Der nachwirkende Schutz soll die unabhängige, pflichtgemäße Ausübung des Betriebsratsamts dadurch gewährleisten, dass er den Arbeitgeber nach dem Amtsende ein Jahr lang hindert, eine Kündigung des früheren Betriebsratsmitglieds ohne wichtigen Grund auszusprechen, so der zweite Senat des BAG. Einer solchen „Abkühlungsphase“ bedürfte es nicht, wenn das Ersatzmitglied während der Zeit, in der es vertretungshalber nachgerückt war, weder an Sitzungen des Betriebsrats teilgenommen noch sonstige Betriebsratsaktivitäten ausgeübt hat.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat ein Arbeitnehmer regelmäßig keinen Anspruch mehr auf Entfernung selbst einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte. Ein solcher Anspruch kann nur ausnahmsweise gegeben sein, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, eine Abmahnung könne dem Arbeitnehmer auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaden. BAG vom 19.4.2012 - 2 AZR 233/11, *Bestätigung von LAG München vom 5. August 2010 - 2 Sa 634/09*

### **BAG vom 19.4.2012 - 7 ABR 52/10 vollständige Unterrichtung bei Umgruppierung - Arbeitsplatzbewertung**

### **Fortsetzung ... Totschlagargument Tendenzbetrieb!? ...**

#### **Beteiligungsrechte des Betriebsrats in Tendenzbetrieben**

Auch bei Vorliegen eines Tendenzbetriebes wird das BetrVG durch § 118 BetrVG jedoch nur insoweit eingeschränkt, als dass die Anwendung der Eigenart des Unternehmens, also dem Tendenzschutz entgegensteht.

- §§ 106 bis 110 BetrVG (Wirtschaftsausschuss) finden keine Anwendung
- §§ 111 ff BetrVG (Betriebsänderung) sind eingeschränkt. Kein IA, aber Sozialplan und Massenentlassungsanzeigen nach 17 KSchG
- Die übrigen Beteiligungsrechte des BR sind nur insoweit ausgeschlossen, wenn diese dem Tendenzschutz entgegenstehen, nach überwiegender Meinung daher nur, wenn
  - die Maßnahme muss einen **Tendenzträger** betreffen und
  - die konkrete Maßnahme **Tendenzbezug** hat

Ein Mitarbeiter ist nur dann als Tendenzträger anzusehen, wenn er durch seine Tätigkeit maßgeblichen und verantwortlichen Einfluss auf die Tendenzverwirklichung des Betriebes nehmen kann. Allein die Mitwirkung an der Tendenzverwirklichung, z.B. als Sekretärin oder Buchhalter ist nicht ausreichend.

Eine Einschränkung der Beteiligungsrechte ist sodann nur gerechtfertigt, wenn durch die Ausübung des Beteiligungsrechts die Tendenzverwirklichung ernsthaft beeinträchtigt werden kann:

- Die **allgemeinen und organisatorischen Vorschriften gem. §§ 1 bis 86 BetrVG** finden daher i. d. R. weiterhin uneingeschränkt Anwendung, da sie der Tendenzverwirklichung nicht entgegenstehen können. Lediglich hinsichtlich der Regelung in § 75 BetrVG über die Behandlung von Betriebsangehörigen ist ein Einschränkung des Beteiligungsrechts denkbar.
- Die Mitbestimmung in **sozialen Angelegenheiten gem. §§ 87 bis 89 BetrVG** ist nicht eingeschränkt soweit es sich um Maßnahmen des (tendenzneutralen) Arbeitsablaufes handelt.
- Hinsichtlich der **personellen Angelegenheiten gem. §§ 92 bis 105 BetrVG** ist zu unterscheiden:

Allgemeine personelle Angelegenheiten gem. §§ 92, 93 BetrVG sind i.d. R. nicht tendenzbezogen. Eine Einschränkung kann sich ergeben, falls die konkrete Maßnahme Tendenzträger betrifft. Bei personellen Einzelmaßnahmen gem. §§ 99, 100 BetrVG, die einen Tendenzträger betreffen, kommt eine Einschränkung der Mitbestimmung in Betracht. Im Falle von Einstellungen und Versetzungen wird vermutet, dass es sich um eine tendenzbezogene Maßnahme handelt. Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates gem. § 99 Abs. 2 BetrVG entfällt. Die Informations-, Beratungs- und Anhörungsrechte gem. §§ 99 BetrVG und § 102 Abs. 1 BetrVG bleiben jedoch weiter bestehen. Bei Ein- und Umgruppierungen besteht das Mitbestimmungsrecht auch, wenn die Maßnahme einen Tendenzträger betrifft i.d.R. uneingeschränkt weiter, da diese der Tendenzverwirklichung nicht entgegenstehen können.

#### **Fazit**

Die Einschränkung des BetrVG durch § 118 BetrVG ist rechtlich schwierig abzugrenzen. Eindeutig ist jedoch, dass alleine durch die Behauptung eines Tendenzbetriebes die betriebliche Mitbestimmung nicht so einfach zu umgehen ist. Es gibt viele Grenzfälle, in denen erst im Rahmen einer gerichtlichen Klärung eindeutig festgestellt werden kann, ob und inwieweit sich der AG von der Anwendung des BetrVG ausnehmen kann.

*RAin Annelika Daumoser*



### an sich (noch) kein Fall des § 99 BetrVG

Grundsätzlich setzt nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 99 BetrVG die Frist für die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats in Lauf. Durfte der Arbeitgeber aber davon ausgehen, vollständig informiert zu haben, muss der Betriebsrat innerhalb der Frist die Vervollständigung der erteilten Auskünfte einfordern.

Bei Umgruppierungen gehört zu einer vollständigen Unterrichtung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Angabe der bisherigen und der vorgesehenen Vergütungsgruppe sowie die Erläuterung der Gründe, weshalb der Arbeitnehmer anders als bisher einzureihen ist. Die konkrete Informationspflicht des Arbeitgebers richtet sich nach der Ausgestaltung der Vergütungsordnung. Bei einer tariflichen Vergütungsordnung sind die Angaben mitteilungsbedürftig, auf die die Tarifvertragsparteien abgestellt haben.

Die abstrakte Bewertung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ist keine personelle Einzelmaßnahme iSv. § 99 BetrVG.

*BAG vom 19.4.2012 - 7 ABR 52/10, Bestätigung von LAG Hessen vom 29. April 2010 - 5 TaBV 166/09*

### BAG vom 18. April 2012 - 4 AZR 139/10 und 4 AZR 168/10 Keine Erfüllung eines Mindest(stunden)lohnanspruchs nach AEntsG durch VL

Bei der Frage, ob ein Arbeitgeber den Mindestlohn nach Arbeitnehmerentsendegesetz bezahlt, werden regelmäßige auf die Stunde bezogene Zuschläge zum ansonsten zu niedrigen Stundenlohn hinzugerechnet. Im Verfahren 4 AZR 139/10 wurde der Arbeitgeberin Recht gegeben, weil die neben dem Tarifstundenlohn für jede Arbeitsstunde gezahlte „Verkehrsmittelzulage“ hinzuzurechnen war und damit insgesamt der Mindestlohn gewährt wurde.

Im Verfahren 4 AZR 168/10 kamen zu dem ansonsten zu niedrigen Stundenlohn nur vermögenswirksamen Leistungen hinzu, welche nach der vorläufigen Einschätzung des 4. Senats nicht zur Anrechnung kommen. Diesbezüglich hat er die Sache jedoch dem EuGH vorgelegt.

*BAG vom 18. April 2012 - 4 AZR 139/10 - und vom 18. April 2012 - 4 AZR 168/10 Vorinstanz: LAG Hamburg vom 17. September 2009 - 8 Sa 33/09 - und vom 6. Januar 2010 - 5 Sa 33/09 - zit. nach PM des BAG Nr. 30/12*

### BAG vom 21.3.2012 - 5 AZR 676/11 - Arbeitszeitkonto – arbeitgeberveranlasste Minusstunden

Erlauben weder Arbeitsvertrag noch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, ein Arbeitszeitkonto mit Minusstunden zu belasten, so dürfen Minusstunden aufgrund zu geringer Einsätze nicht mit sonst erdienten Plusstunden verrechnet werden.

*BAG vom 21. März 2012 - 5 AZR 676/11 – Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 3. März 2011 - 5 Sa 2328/10 - zit. nach PM des BAG Nr. 25/12*

### BAG des vom 21.3.2012 - 5 AZR 61/11 - bei „Hartz IV-Leistungen“ während Annahmeverzug Forderungsübergang der Bedarfsgemeinschaft

Erbringt ein Sozialleistungsträger an einen Arbeitnehmer Leistungen, weil der Arbeitgeber die Vergütung nicht zahlt, geht der Vergütungsanspruch gemäß § 115 Abs. 1 SGB X in entsprechender Höhe auf den Leistungsträger über. Bei Leistungen der Grundsicherung einer Bedarfsgemeinschaft umfasst dies auch Leistungen an den nicht getrennt lebenden Ehegatten, den Lebenspartner des Hilfebedürftigen und an dessen unverheiratete Kinder unter 25 Jahren.

*BAG vom 21. März 2012 - 5 AZR 61/11 – Aufhebung und Rückverweisung von LAG Hamburg, Urteil vom 8. Dezember 2010 - 5 Sa 54/10 - zit. nach PM des BAG Nr. 24/12*

### BAG vom 21.3.2012 - 6 AZR 596/10 - Stellungnahme des BR zu Massenentlassungsanzeige durch IA

Die gesetzlich erforderliche Stellungnahme des Betriebsrats zu einer Massenentlassungsanzeige des Arbeitgebers (§ 17 Abs. 2 KSchG) kann in einem der Massenentlassungsanzeige beigefügten Interessenausgleich integriert sein, sie muss nicht zwingend separat erfolgen. Das BAG kam im Gegensatz zu den Vorinstanzen zu der Auffassung, dass dem Zweck des Gesetzes genüge getan wurde, wenn sich aus einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats im Interessenausgleich eindeutig ergibt, dass die Kündigungen auch nach Auffassung des Betriebsrats unvermeidlich seien. *BAG vom 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 – Aufhebung von LAG Baden-Württemberg – Kam. Mannheim vom 18. Mai 2010 - 14 Sa 14/10 (Parallel.: 6 AZR 597/10 bis 6 AZR 607/10). zit. nach PM des BAG Nr. 23/12*

### BAG vom 17.4.2012 - 3 AZR 280/10 - Altersteilzeit als Teilzeit bei betrieblicher Altersversorgung?

Sieht eine Versorgungsordnung vor, dass sich bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern der für die Betriebsrente relevante Arbeitsverdienst unter Zugrundelegung des durchschnittlichen Beschäftigungsgrades in den letzten 120 Kalendermonaten des Arbeitsverhältnisses errechnet, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob Beschäftigte in Altersteilzeit von der Sonderregelung für Teilzeitbeschäftigte erfasst werden, oder ob für sie die Grundregelung für Vollzeitbeschäftigte gilt. Im konkreten Fall kam der 3. Senat dazu, dass die Regeln für Vollzeit-Arbeitnehmer anzuwenden sind.

*BAG vom 17. April 2012 - 3 AZR 280/10 - Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 18. März 2010 - 4 Sa 782/09 B - zit. nach PM des BAG Nr. 28/12*

### BAG vom 22.3.2012, 7 AZB 51/11 – Anfechtung der Wahl der Gesamtschwerbehindertenvertretung gehört vor Arbeitsgericht

Der Streit über die Wirksamkeit einer Wahl zur GesSchwV ist nach den §§ 97 Abs. 7 iVm. 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX im arbeitsger. Beschlussverfahren zu entscheiden. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG, aber aus einer gebotenen entsprechenden Anwendung der Norm.

§ 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG ist stets entsprechend anwendbar, wenn um Normen im Schwerbehindertenvertretungsrecht gestritten wird, die kollektiven Charakter haben.

*BAG vom 22.3.2012 - 7 AZB 51/11, Bestätigung von LAG München vom 31. August 2011 - 11 Ta 243/11*

### BAG vom 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer unzulässig

Die Differenzierung der Urlaubsdauer nach dem Lebensalter in der nunmehr bereits vergangenen Fassung des § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD benachteiligte Beschäftigte, die das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unmittelbar und verstieß gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Dies führte zu einer Anpassung „nach oben“.

*weiter auf Seite 7*

# Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am ersten Krankheitstag

Aufsehen erregte die neue Entscheidung des BAG (BAG vom 14.11.2012, 5 AZR 886/11), wonach der Arbeitgeber bereits am ersten Krankheitstag eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eines Mitarbeiters verlangen kann.

Eine schriftliche Begründung der am 14.11.2012 ergangenen Entscheidung steht bis dato noch aus. Nach der Pressemitteilung Nr. 78/12 hat das BAG jedoch ausdrücklich entschieden, dass die Ausübung dieses dem Arbeitgeber im Grundsatz von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingeräumten Rechts nicht an weiteren Voraussetzungen gebunden ist, dass es insbesondere nicht erforderlich ist, dass gegen den Arbeitnehmer ein begründeter Verdacht bestehe, er habe in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetäuscht. Eine tarifliche Regelung stehe dem nur entgegen, wenn sie das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausdrücklich ausschließt.

## 1. gesetzliche Regelung

Gesetzlich geregelt ist die Anzeige- und Nachweispflicht des Arbeitnehmers im Krankheitsfall in § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).

Danach hat gem. § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 EFZG der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen.

Das Gesetz differenziert hier also zwischen den Kalendertagen der Arbeitsunfähigkeit und dem Arbeitstag, an dem die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber zugehen muss. Kalendertage sind alle Tage eines jeden Jahres, der Arbeitstag ist dagegen nach der individuellen Arbeitsverpflichtung des erkrankten Arbeitnehmers zu bestimmen. Übergabetag für eine AUB kann daher auch der Samstag oder auch der Sonntag sein, wenn der Arbeitnehmer an diesem Tag

eine Arbeitsverpflichtung hatte (vgl. ErfKomm, 11. Auflage, § 5 EFZG, Rn. 11).

*Beispiele:*

*a) Der in einer Fünf-Tage-Woche Montag bis Freitag beschäftigte Arbeitnehmer erkrankt am Montag. Spätestens am Donnerstag muss die AU-Bescheinigung dem Arbeitgeber zugehen.*

*b) Der in einer Fünf-Tage-Woche Dienstag bis Samstag beschäftigte Arbeitnehmer erkrankt am Mittwoch. Spätestens am Samstag muss die AU-Bescheinigung dem Arbeitgeber zugehen.*

## Willkürliche Anordnung der vorzeitigen Vorlage einer AUB?!

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ist der AG aber auch berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen.

Dies beinhaltet nach dem Gesetzeswortlaut auch schon den ersten Tag der Erkrankung.

## 2. Meinung in der Literatur

Dennoch wurde bisher von der herrschenden Meinung der Literatur die Ansicht vertreten, dass das Verlangen des Arbeitgebers zur Vorlage einer AU-Bescheinigung am ersten Krankheitstag zumindest „billigem Ermessen“ entsprechen müsse. Dies wurde aus § 106 S. 2 GewO hergeleitet und verlangt, dass „alle wesentliche Umstände des Falles abgewogen werden müssen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen sind“ (vgl. Feichtinger, Entgeltfortzahlungsgesetz, 2. Auflage, § 5 Rn.45).

Insofern bestand weitgehend Einigkeit, dass ein Arbeitgeber beispielsweise bei häufigen Kurzzeiterkrankungen oder gehäuft auffälligen Erkrankungen am Wochenanfang die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung am ersten Krankheitstag verlangen durfte.

## 3. Entscheidung des BAG

Das BAG hat jetzt, wie der Pressemitteilung zu entnehmen ist, entschieden, dass die Ausübung des

Rechts des Arbeitgebers zur Vorlage der Bescheinigung am ersten Krankheitstag im freien Ermessen des Arbeitgebers steht. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass gegen den Arbeitnehmer ein begründeter Verdacht besteht, er habe in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetäuscht.

Die Vorinstanz, das LAG Köln, hat dementsprechend in seiner Entscheidung vom 14.09.2011, 3 Sa 597/11 ausgeführt:

*„Einer im Schrifttum (...) vertretenen differenzierenden Meinung ist daher nicht zu folgen. Nach dieser Auffassung ist das Verlangen des Arbeitgebers auf billiges Ermessen zu überprüfen (...). Die Vertreter dieser Auffassung stellen wesentlich auf den Weisungscharakter der Anweisung nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ab und unterwerfen diese daher den rechtlichen Grenzen des § 106 GewO. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass § 5 EFZG insoweit eine speziellere Regelung (...) darstellt, die (...) den allgemeinen Bestimmungen zum Weisungsrecht in § 106 GewO vorgeht. (...) Es bleibt daher allein bei den allgemeinen gesetzlichen Schranken der Willkür und des Verbots diskriminierendes Verhaltens.“*

#### 4. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Welche Reaktionsmöglichkeiten hat der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber die Anweisung erteilt, eine AU-Bescheinigung bereits ab dem ersten Tag der Erkrankung vorzulegen?

Nach zutreffender Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG vom 25.01.2000, 1 ABR 3/99) unterfällt die generelle Regelung über die Pflicht eines Arbeitnehmers, im Falle einer Krankheit bereits am ersten Tag der Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen, Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, so dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat – soweit nicht eine entsprechende tarifvertragliche Regelung besteht.

So muss beispielsweise das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beachtet werden, wenn der Arbeitgeber eine Verpflichtung zur vorzeitigen Vorlage der AU-Bescheinigung bei Neuabschluss von Arbeitsverträgen in diese aufnimmt (vgl. Feichtinger, Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Auflage, § 5 Rn. 44).

Zwar muss für das Vorliegen des Mitbestimmungsrechts immer ein sog. kollektiver Tatbestand im Gegensatz zu einer mitbestimmungsfreien Individualmaßnahme, also einer Einzelfallentscheidung, vorliegen, jedoch soll dieser nur dann zu verneinen sein, wenn ausschließlich die Besonderheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf gerade den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände Maßnahmen erfordern und bei einander ähnlichen Maßnahmen gegenüber mehreren Arbeitnehmern kein innerer Zusammenhang besteht (vgl. GK-BetrVG, § 87, Rn. 33). Dies wird in der Praxis eher selten der Fall sein.

#### 5. Ausblick

Abschließend bleibt abzuwarten, wie die einzelnen Arbeitgeber die neueste Rechtsprechung der BAG im Betrieb umsetzen werden und ob nunmehr von der grundlegenden Berechtigung des Arbeitgebers, die Vorlage einer AU-Bescheinigung ab dem ersten Krankheitstag verlangen zu können, ein inflationärer Gebrauch gemacht werden wird oder ob – auch im Interesse der Kostenersparnis für die Krankenkassen und somit letztlich für die Allgemeinheit – die Vorlage eines ärztlichen Attests am ersten Tag der Erkrankung eher die unruhliche Ausnahme bleiben wird.

*Stefanie Duffner, RAin*

#### ... BAG-Splitter... Fortsetzung

*BAG vom 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 24. März 2010 - 20 Sa 2058/09 – zit. nach PM des BAG Nr. 22/12*

**Hinweis:** *zwischenzeitlich wurde diese Norm geändert*

#### **BAG vom 15.3.2012 - 8 AZR 160/11 - Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG ist wirksam**

Die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist wirksam. Bei Ablehnung einer Bewerber-

im ÖD beginnt die Frist in dem Moment zu laufen, in dem der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt, nämlich mit Zugang des Schreibens, wenn er seine Behinderung in der Bewerbung offen gelegt hatte.

*BAG vom 15. März 2012 - 8 AZR 160/11 – Bestätigung von LAG Saarland vom 17. November 2010 - 1 Sa 23/10 – zit. nach PM des BAG Nr. 21/12*

#### **BAG vom 22.2.2012 - 4 AZR 24/10 - Keine Ablösung einzelvertraglicher Inbezugnahme durch (Haus-) Tarifvertrag**

Ein Haustarifvertrag kann die einzelvertraglich vereinbarte Anwendbarkeit anderer Tarifwerke nicht ablösen. Das Verhältnis der einzelvertraglichen und tarifvertraglichen Ansprüche zueinander ist nach dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG zu klären.

Eine Konzernmutter kann Tarifverträge für Töchter nur abschließen, wenn sie diese konkret vertritt.

*BAG vom 22. Februar 2012 - 4 AZR 24/10 - Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 9. November 2009 - 16 Sa 582/09 – zit. nach PM des BAG Nr. 17/12*

#### **BAG vom 16.2.2012 - 8 AZR 697/10 - Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers im ÖD**



Ein öffentlicher Arbeitgeber hat nach § 82 Satz 2 SGB IX einen schwerbehinderten Menschen, der sich auf eine ausgeschriebene Stelle unter Mitteilung seiner Schwerbehinderteneigenschaft beworben hat, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, es sei denn, diesem fehlt offensichtlich die fachliche Eignung. Die unterbliebene Einladung als Indiz für die Vermutung Diskriminierung kann der öffentliche Arbeitgeber widerlegen, wenn er beweist, dass für die Nichteinladung nur solche Gründe vorgelegen haben, welche nicht dessen Schwerbehinderung betreffen.

*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Bestätigung von Hessisches LAG vom 5. Oktober 2010 - 13 Sa 488/10 – zit. nach PM des BAG Nr. 13/12*

### **BAG vom 16.2.2012 - 6 AZR 553/10 - Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis (nun) zulässig?!**

Jedenfalls nach sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen ist die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung (nunmehr) zulässig. Der sechste Senat begründet dies im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers durch die Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG, der die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl verlangt, sowie durch den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX, wonach eine Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf. Bei wahrheitswidriger Beantwortung der rechtmäßig gestellten Frage nach seiner Schwerbehinderung ist es einem Arbeitnehmer dann verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess auf die Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.

*BAG vom 16. Februar 2012 - 6 AZR 553/10 - Bestätigung von LAG Hamm vom 30. Juni 2010 - 2 Sa 49/10 – zit. nach PM des BAG Nr. 12/12*

### **BAG vom 7.2.2012 - 1 ABR 46/10 - Kein "Datenschutz" zu Lasten des Betriebsrats bei Betrieblichem Eingliederungsmanagement**

Der Betriebsrat hat zu überwachen, ob der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) nachkommt (§ 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX).

Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist nicht von der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer abhängig. Der Betriebsrat kann - unabhängig von deren Zustimmung - die Angabe sämtlicher Arbeitnehmer verlangen, die für die Durchführung eines bEM in Betracht kommen.

*BAG vom 7. Februar 2012 - 1 ABR 46/10 - Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn vom 16. Juni 2010 - 5 BV 20/10 – zit. nach PM des BAG Nr. 10/12*

### **BAG vom 18.1.2012 - 7 ABR 72/10 keine Antragsbefugnis der Schwerbehindertenvertretung nach § 18 Abs 2 BetrVG**

Für ein Verfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG, also eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob eine betriebsratsfähige Organisationseinheit vorliegt, sind weder einzelne Arbeitnehmer noch die Schwerbehindertenvertretung antragsbefugt.

Ob ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt richtet sich danach, ob ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz praktiziert wird, der charakteristisch für den normalen Betriebsablauf ist. Hierbei muss der Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten durch dieselbe institutionalisierte Leitung ausgeübt werden. Führen mehrere Unternehmen gemeinsam mehrere Betriebe, werden die Betriebe durch die gemeinsame Führung nicht zu einem einheitlichen Betrieb. Die Unternehmen führen dann vielmehr mehrere jeweils gemeinsame Betriebe. *BAG vom 18.1.2012, 7 ABR 72/10, Bestätigung von LAG Hamburg vom 2. November 2010 - 2 TaBV 12/09 (im Ergebnis, nicht Begründung)*

### **BAG Beschluss vom 18.1.2012 - 7 ABR 73/10 Betriebsratsschulung zur aktuellen Rechtsprechung des BAG kann erforderlich sein**

Eine Schulungsveranstaltungen zur aktuellen Rechtsprechung des BAGs kann erforderlich iSv. § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG sein. Ob das der Fall ist, hängt jedoch von zahlreichen Umständen ab. Dazu gehören insbesondere die konkreten Seminarinhalte, eine mögliche Aufgabenverteilung innerhalb des Betriebsrats und eine thematische Spezialisierung einzelner Betriebsratsmitglieder, die Zahl der entsandten Betriebsratsmitglieder und deren Verhältnis zur Gesamtgröße des Betriebsrats, die letzte Aktualisierung des bereits vorhandenen Wissens sowie betriebli-

che Entwicklungen, die es besonders dringlich erscheinen lassen, die Kenntnisse der jüngeren Rechtsprechung in bestimmten Fragen zu aktualisieren. Von diesen Umständen muss der Betriebsrat Kenntnis haben, um beurteilen zu können, ob die Schulungsveranstaltung erforderlich iSv. § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG ist, und seinen Beurteilungsspielraum sachgerecht auszuüben, so der siebte Senat.

*BAG vom 18.1.2012, 7 ABR 73/10, Bestätigung von LAG Hamm vom 17. September 2010 - 10 TaBV 26/10*

### **BAG vom 18.1.2012 - 10 AZR 612/10 Kein rückwirkender Entfall einer Sonderzahlung, wenn (auch) Arbeitsleistung vergütet**

Die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung (in einer Sonderzahlung) für den Fall der Kündigung ist stets ein unangemessenes Mittel, die selbstbestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern. Eine entsprechende Vertragsklausel ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Dies gilt nach nunmehriger Rechtsprechung auch, wenn auch die Betriebstreue honoriert werden sollte, also eine Sonderzahlung mit Mischcharakter vorliegt. Der zehnte Senat hat seine bisherige Rechtsprechung (BAG 28. März 2007 - 10 AZR 261/06) ausdrücklich aufgegeben. *BAG vom 18.1.2012, 10 AZR 612/10, Aufhebung von LAG Köln vom 20. Januar 2010 - 9 Sa 642/09*

### **BAG vom 18.1.2012 - 10 AZR 667/10 Rückwirkender Entfall einer Sonderzahlung (Weihnachtsgratifikation), wenn keine Arbeitsleistung vergütet**

Der Anspruch auf eine Weihnachtsgratifikation kann vom ungekündigten Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig gemacht werden, wenn die Zahlung nur an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpft und nicht die Vergütung von Arbeitsleistungen bezweckt ist. *BAG vom 18. Januar 2012 - 10 AZR 667/10 - Aufhebung und Rückverweisung von LAG Hamm vom 16. September 2010 - 15 Sa 812/10 – zit. nach PM des BAG Nr. 4/12*

### **BAG vom 18.1.2012 - 7 ABR 83/10 Keine zwei Anwälte für Betriebsrat und JAV in Verfahren nach § 78a Abs 4 BetrVG**

Die Jugend- und Auszubildendenvertretung ist kein eigenständiger Repräsentant der jugendlichen Arbeit-



nehmer und kein selbständiges Mitwirkungsorgan der Betriebsverfassung. Sie ist in einem Verfahren nach § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG daher nicht befugt, selbst einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Der Betriebsrat darf neben der Mandatierung eines ihn vertretenden Rechtsanwalts regelmäßig nicht die Beauftragung eines weiteren Rechtsanwalts zur gesonderten Vertretung der Jugend- und Auszubildendenvertretung für erforderlich halten.

*BAG vom 18.1.2012, 7 ABR 83/10, Aufhebung von LAG Hamm vom 5. März 2010 - 13 TaBV 18/09*

**Hinweis:** In Randziffer 17 lässt das BAG eine Öffnung seiner rigiden Haltung als möglich erscheinen: "Eine besondere Situation, in der der Betriebsrat möglicherweise die Mandatierung eines weiteren Rechtsanwalts ganz ausnahmsweise für erforderlich hätte halten dürfen, lag nicht vor."

**BAG vom 17.1.2012 - 1 ABR 45/10 Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der Dienstkleidungspflicht umfasst auch das "wer"**

Zur Gestaltung der Ordnung des Betriebs im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG gehört auch die Anordnung des Tragens einer einheitlichen Arbeitskleidung, die dazu dient, das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens zu fördern. zur mitbestimmungspflichtigen Regelungsaufgabe gehört zwingend die Klärung, wer dieser Pflicht unterfällt. Dies kann nicht einseitig dem Arbeitgeber überlassen werden. Auch können Arbeitnehmer nicht zum Tragen der Dienstkleidung verpflichtet werden, ohne dass die Einigungsstelle zugleich über angemessene Umkleidemöglichkeiten entscheidet.

*BAG vom 17.1.2012 - 1 ABR 45/10, Bestätigung von Hessisches LAG vom 8. April 2010 - 5 TaBV 123/09*

**BAG vom 17.1.2012 - 1 ABR 62/10 Umsetzung von § 6 Abs. 5 ArbZG (Ausgleich für Nachtarbeit) fällt unter § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG**

Der Betriebsrat besitzt bei der Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob ein Ausgleich für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch bezahlte freie Tage oder durch einen angemessenen Entgeltzuschlag zu gewähren ist,

grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da § 6 Abs. 5 ArbZG zumindest mittelbar dem Gesundheitsschutz dient. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen des Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.

Nach § 6 Abs. 5 ArbZG entfällt die Pflicht des Arbeitgebers zur Bestimmung des Ausgleichs der mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen, wenn in seinem Betrieb entweder normativ oder kraft einzelvertraglicher Bezugnahme eine tarifliche Regelung gilt, die eine materielle Kompensation für die Erschwernisse enthält, die mit der Heranziehung zur Nachtarbeit verbunden sind. Eine tarifliche Regelung zur Gewährung von Zusatzurlaub bei Leistung einer bestimmten Zahl an Nachtarbeitsstunden stellt eine solche vorrangige tarifliche Regelung dar.

*BAG vom 17.1.2012, 1 ABR 62/10, Bestätigung von LAG Thüringen vom 15. Juli 2010 - 5 TaBV 2/10*

*Bearbeitung: RA M. Fleischmann  
- Dez. 2012*

## Ersatz der Stammebelegschaft durch Leiharbeiter verboten?!

Einstellung von Leiharbeitern nur noch „vorübergehend“

### I. Ersatz der Stammebelegschaft durch Leiharbeiter

Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09.12.1989 forderte die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft. Im Zentrum dahingehender gesetzgeberischer Regelungen standen dabei insbesondere die sog. atypischen Beschäftigungsverhältnisse, wie befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeit und die Leiharbeit.

War die Leiharbeit in den 70er bis weit in die 90er Jahre lediglich eine Randerscheinung erfuhr sie in den vergangenen Jahrzehnten einen zweifelhaften Wandel in ihrer politischen Anerkennung. Ausgangspunkt war die Feststellung, dass die steigenden Arbeitslosenzahlen in ganz Europa ein „*beschäftigungspolitisches Handeln*“ erfordern. Als auch der Bericht der Harz-Kommission eine Flexibilisierung des Arbeitsmarktes empfahl, wurde in der Leiharbeit ein entsprechendes

Instrumentarium gesehen. Unternehmen sollte die kurzzeitige Überbrückung von Auftragsspitzen erleichtert werden und Langzeitarbeitslosen sollte die Übernahme in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis ermöglicht werden. Die Umsetzung dieser Idee zeigte die Schwächen einer Liberalisierung schonungslos auf. Der Markt tendiert zu Effizienz ohne auf soziale Gesichtspunkte zu achten. So wurden Leiharbeiter und Stammebelegschaft in der Folge gegeneinander ausgespielt. Denn die dauerhafte Leiharbeit war in der Lage die Tarifabschlüsse der Gewerkschaften bezogen auf die Stammebelegschaft zu unterlaufen. Darüber hinaus bot die Beschäftigung von Leiharbeitern Arbeitgebern die Chance den unliebsamen Kündigungsschutz und damit Abfindungen bzw. Sozialpläne auszuschalten. Ein Arbeitsverhältnis zu den Leiharbeitern mussten Arbeitgeber als Entleiher schließlich nicht begründen. Die Spirale drehte sich nach dem Leitgedanken „*selbst ein unzumutbares Beschäftigungsverhältnis ist besser als gar kein Beschäft-*

„*tigungsverhältnis*“ immer weiter nach unten. Aus der kurzzeitigen Leiharbeit wurde eine dauerhafte Leiharbeit. Aus der dauerhaften Leiharbeit wurde der Ersatz der Stammbesellschaft durch Leiharbeiter. Die systematische hartnäckige und brutale Verschlechterung der Arbeitsbedingungen aller Arbeitnehmer war die vorhersehbare Konsequenz, die offenbar bewusst in Kauf genommen wurde.

## II. Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung

Erst der erhöhte Druck durch die Berichterstattung über Lohndumping und unzumutbare Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit löste eine öffentliche De-

### „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend“

batte über gleiche Arbeitsbedingungen für Leiharbeiter und der Stammbesellschaft aus. In Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie (Richtlinie 2008/104/EG) reagierte endlich auch der Gesetzgeber durch das erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung – vom 28.04.2011. Seit 01.12.2011 ist § 1 Abs. 1 AÜG um einen zweiten Satz ergänzt worden:

Damit war das Problem gesetzlich benannt, jedoch juristisch mangelhaft gelöst, da nunmehr darüber gestritten werden musste, was unter „*vorübergehend*“ zu verstehen und hieraus zu folgern sei. Die diesbezügliche Zurückhaltung des Gesetzgebers ist zu bedauern, da eine klare Regelung des erkannten Problems wiederum verschoben war. Augenscheinlich wollte die Politik Missbrauch in der Leiharbeit regeln, ohne hierfür zugleich die Verantwortung übernehmen zu müssen. Diese Verantwortung wurde nunmehr an die Betriebsräte weitergereicht.

## III. Entscheidung LAG Niedersachsen vom 19.09.2012

Nach der Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 19.09.2012 (17 TaBV 124/11) und diversen Arbeitsgerichten (u. a. ArbG Cottbus vom 22.08.2012 – 4 BV 2/12; ArbG Offenbach vom 01.08.2012 – 10 BV 1/12) obliegt es den Betriebsräten der Einstellung von Leiharbeitern nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu widersprechen, wenn diese im Betrieb des Entleihers nicht nur vorübergehend eingesetzt werden.

Der Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 19.09.2012 lag der Fall eines Arbeitgebers mit ca. 300 Arbeitnehmern zugrunde, der künftig sämtliche neue

Stellen mit Leiharbeitern dauerhaft besetzen wollte. Der zuständige Betriebsrat verweigerte der Einstellung eines Leiharbeiters nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG seine Zustimmung, da der Einsatz des Leiharbeiters nicht nur vorübergehend gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG erfolge. In der Beschwerdeinstanz entschied das LAG Niedersachsen zugunsten des Betriebsrats.

Zu Recht hat das LAG Niedersachsen, entgegen der Auffassung des ArbG Leipzig (ArbG Leipzig v. 23.03.2012 – 3 BV 84/11), in seiner Entscheidung vom 19.09.2012 § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Verbotsgesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG anerkannt. Die Wertung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Verbotsgesetz

erfordert Sinn und Zweck der Reform des AÜG – und mithin auch die Einfügung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG – nämlich Missbrauch in der Leiharbeit zu verhindern. Dies bringt sowohl Art. 3 der Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) als auch § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG hinreichend deutlich zum Ausdruck. Gerade der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitern auf Stammarbeitsplätzen widerspricht diesem Schutzzgedanken erkennbar. Wollte man § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG lediglich eine klarstellende Funktion zuerkennen, könnte eine dahingehende Missbrauchskontrolle nicht verwirklicht werden. Gestützt wird dieses Ergebnis zudem durch Art. 10 der Leiharbeitsrichtlinie, der bei Verstößen gegen die Arbeitnehmerüberlassung wirksame Sanktionen fordert. Mangels diesbezüglicher Regelung einer Sanktion im AÜG kann eine solche nur über die Verhinderung der Einstellung erreicht werden.

## IV. Vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmer an Entleiher

Weiterhin höchst umstritten bleibt, wie das Tatbestandsmerkmal „*vorübergehend*“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG auszulegen ist. Eine feste zeitliche Grenze (im Sinne von zum Beispiel drei Monaten) enthält die Regelung nicht ausdrücklich. Eine Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs wird auch zukünftig nur über die Instanzgerichte erfolgen können. In der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie der Rechtsprechung geht dabei der Meinungsstand weit auseinander. Von Seiten der Arbeitgebervertreter wird § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG – entgegen dem Regelungszweck des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – natürlich als bloßer Programmsatz ohne jegliche Rechtsfolgen gesehen. Das LAG Düsseldorf sieht dagegen in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG eine flexible Zeitkomponente enthalten, die der Missbrauchskontrolle unterliege (LAG Düsseldorf v. 02.10.2012 – 17 TaBV 38/12). Damit kann der Einsatz von Leihar-

beitnehmern zwar nicht zeitlich unbefristet erfolgen, eine lediglich befristete Überlassung zu Beginn der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers wäre jedoch auch nicht erforderlich. Das ArbG Offenbach fordert dagegen neben einem gewissen zeitlichen Moment der Arbeitnehmerüberlassung zudem, dass der Vertrag zwischen Entleiher, Verleiher und Arbeitnehmer nicht derart gestaltet sein darf, dass dem Leiharbeitnehmer eine Rückkehr zum Verleiher vertraglich nicht mehr möglich ist (ArbG Offenbach v. 01.08.2012 – 10 BV 1/12). Auch hiernach wäre jedenfalls eine dauerhafte Überlassung ausgeschlossen. Das ArbG Cottbus greift schließlich auf die Rechtsprechung zu § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG zurück (ArbG Cottbus v. 22.08.2012 – 4 BV 2/12). Nach dieser Vorschrift ist anerkannt, dass ein vorübergehender betrieblicher Bedarf an Arbeitsleistung nur gegeben ist, wenn ein Fall der Urlaubs- und Krankheitsvertretung, der Vertretung von Arbeitnehmern in Elternzeit oder bei Projektarbeit gegeben ist. Mithin wäre eine Überlassung von Leiharbeitnehmern nur im Falle eines vorübergehenden Bedarfs gestattet. Legt man den Schutzgedanken des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG und der dahinterstehenden Richtlinie (2008/104/EG) zugrunde erscheint die Auffassung des ArbG Cottbus überzeugend. Nicht zuletzt wäre damit auch der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gedient.

## V. Fazit

Festzuhalten bleibt, dass Betriebsräten ein Instrument an die Hand gegeben worden ist, um den Einsatz von Leiharbeitnehmern einer gerichtlichen Kontrolle zuzuführen. Ob und unter welchen Voraussetzungen damit zukünftig der Einsatz von Leiharbeitnehmern verhindert werden kann wird nur die gerichtliche Auseinandersetzung zeigen können. Hier ist Mut und Verantwortung gefragt.

Marco Neuberger, RA

## Rechengrößen der Sozialversicherung 2013 im Überblick:

### Beitragsbemessungsgrenze: allgemeine Rentenversicherung:

West: 5.800 €/Monat 69.600 €/Jahr  
Ost: 4.900 €/Monat 58.800 €/Jahr

### Beitragsbemessungsgrenze: Arbeitslosenversicherung:

West: 5.800 €/Monat 69.600 €/Jahr  
Ost: 4.900 €/Monat 58.800 €/Jahr

### Versicherungspflichtgrenze: Kranken- u. Pflegeversicherung:

West: 4.350 €/Monat 52.200 €/Jahr  
Ost: 4.350 €/Monat 52.200 €/Jahr

### Beitragsbemessungsgrenze: Kranken- u. Pflegeversicherung:

West: 3.937,50 €/Monat 47.250 €/Jahr  
Ost: 3.937,50 €/Monat 47.250 €/Jahr

Quelle: DGB-Bildungswerk, Angaben ohne Gewähr

## ... EuGH verbietet mittelbare Diskriminierung Schwerbehinderter bei Sozialplan ...

## EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 in der Rechtssache C-152/11

### Auszüge der Urteilsbegründung

#### (...) Zur dritten Frage

30 Mit seiner dritten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit entgegenstehen, die vorsieht, dass bei Mitarbeitern, die älter als 54 Jahre sind und denen betriebsbedingt gekündigt wird, die ihnen zustehende Abfindung auf der Grundlage des frühestmöglichen Rentenbeginns berechnet wird und diesen Arbeitnehmern im Vergleich zur Standardberechnungsmethode, nach der sich die Abfindung insbesondere nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet, eine geringere als die sich nach der Standardmethode ergebende Abfindungssumme, mindestens jedoch die Hälfte dieser Summe, zu zahlen ist.

(...)

33 § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans sieht für Arbeitnehmer, die älter als 54 Jahre sind, eine Minderung des Abfindungsbetrags bei Entlassung vor und betrifft somit die Entlassungsbedingungen dieser Arbeitnehmer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2000/78. Eine solche innerstaatliche Bestimmung fällt daher in den Geltungsbereich dieser Richtlinie.

34 Wie sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, müssen die Sozialpartner, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters für Beschäftigung und Beruf konkretisierenden Richtlinie 2000/78 fallen, unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen (Urteile vom 13. September 2011, Prigge u. a., C-447/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 48, sowie vom 7. Juni 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt, C-132/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 22).

35 Zur Frage, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 enthält, ist festzustellen, dass § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans für Arbeitnehmer, die **älter als 54 Jahre** sind und denen betriebsbedingt gekündigt wird oder die das Arbeitsverhältnis einvernehmlich beenden, zur Folge hat, dass die Standardformel-Abfindung der Sonderformel-Abfindung gegenübergestellt wird. **Dem betroffenen Arbeitnehmer wird der geringere Betrag gewährt**; er hat jedoch die Garantie, einen der Hälfte der Standardformel-Abfindung entsprechenden Betrag zu erhalten.

36 (...) Die im Vorsorglichen Sozialplan vorgesehene Berechnungsmethode bei betriebsbedingter Kündigung stellt somit eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung dar.

37 Es ist zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt werden kann. Nach dieser Bestimmung stellt nämlich eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im

Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, wovon insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

(...)

41 Die deutsche Regierung betont in diesem Zusammenhang, ein Sozialplan müsse die Verteilung begrenzter Mittel so vorsehen, dass er seine „Überbrückungsfunktion“ in Bezug auf alle Arbeitnehmer und nicht nur die älteren erfülle. Ein solcher Plan dürfe grundsätzlich nicht dazu führen, den Fortbestand des Unternehmens oder die verbleibenden Arbeitsplätze zu gefährden. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG erlaube es auch, die Möglichkeiten eines Missbrauchs zu begrenzen, der darin bestünde, dass ein Arbeitnehmer eine Abfindung bezöge, die dazu bestimmt sei, ihn bei seiner Suche nach einer neuen Beschäftigung zu unterstützen, obwohl er in den Ruhestand trete.

42 Die innerstaatliche Bestimmung bezwecke daher die Gewährung eines Ausgleichs für die Zukunft, den Schutz der jüngeren Arbeitnehmer sowie die Unterstützung bei ihrer beruflichen Wiedereingliederung und trage zugleich der Notwendigkeit einer gerechten Verteilung der begrenzten finanziellen Mittel eines Sozialplans Rechnung.

43 Solche Ziele können, als Ausnahme vom Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters, u. a. Ungleichbehandlungen in Zusammenhang mit der „Festlegung besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen [und] älteren Arbeitnehmern ... zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen“, im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78 rechtfertigen.

44 Darüber hinaus ist das Ziel, zu vermeiden, dass eine Entlassungsabfindung Personen zugutekommt, die keine neue Stelle suchen, sondern ein Ersatz Einkommen in Form einer Altersrente beziehen wollen, als legitim anzusehen (...).

45 Unter diesen Umständen ist anzuerkennen, dass Ziele wie die mit § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans verfolgten grundsätzlich eine Ungleichbehandlung wegen des Alters, wie in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 vorgesehen, als „objektiv und angemessen“ „im Rahmen des nationalen Rechts“ rechtfertigen können.

46 Ferner muss geprüft werden, ob die zur Erreichung dieser Ziele eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich sind und ob sie nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinausgehen.

47 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner auf nationaler Ebene über einen weiten Ermessensspielraum nicht nur bei der Entscheidung über die Verfolgung eines bestimmten sozial- und beschäftigungspolitischen Ziels, sondern auch bei der Festlegung der für seine Erreichung geeigneten Maßnahmen verfügen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Juli 2012, Hörnfeldt, C-141/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 32).

48 Zur Angemessenheit der in Rede stehenden Bestimmungen des Vorsorglichen Sozialplans und des Ergänzenden Sozialplans ist festzustellen, dass die Minderung des Abfindungsbetrags bei Entlassung, den Arbeitnehmer erhalten,

die zum Zeitpunkt ihrer Entlassung wirtschaftlich abgesichert sind, im Hinblick auf das Ziel solcher Sozialpläne, aufgrund ihrer begrenzten finanziellen Mittel Arbeitnehmer, für die sich der Übergang in eine neue Beschäftigung als schwierig erweist, stärker zu schützen, nicht unangemessen erscheint.

49 Somit erscheint eine Bestimmung wie § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans nicht offensichtlich unangemessen, um das legitime Ziel einer Beschäftigungspolitik wie der vom deutschen Gesetzgeber verfolgten zu erreichen.

50 Zur Erforderlichkeit dieser Bestimmungen ist zwar festzustellen, dass gemäß § 7 Punkt 7.2 des Ergänzenden Sozialplans der

frühestmögliche Renteneintritt im Sinne von § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans dem Zeitpunkt entspricht, zu dem der Mitarbeiter erstmals eine der gesetzlichen Altersrenten, auch eine solche mit Abschlägen wegen vorzeitiger Inanspruchnahme, in Anspruch nehmen kann.

51 Wie in Randnr. 27 des vorliegenden Urteils festgestellt, sieht der Vorsorgliche Sozialplan für diese Arbeitnehmer jedoch lediglich die Minderung des Abfindungsbetrags bei Entlassung vor.

52 Dabei entspricht zum einen die Abfindung für den betroffenen Arbeitnehmer gemäß § 6 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans dem geringeren nach der Standardformel oder der Sonderformel errechneten Betrag; der Empfänger hat jedoch die Garantie, dass ihm zumindest die Hälfte des sich nach der Standardformel ergebenden Betrags tatsächlich gezahlt wird. Wie aus der in Randnr. 14 des vorliegen-

## „... sfm ist einseitig ...“

**Ja, und wir stehen dazu.**

### **Vertretung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern**

Im Bereich des sog. Individualarbeitsrechts vertreten wir Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowohl außergerichtlich, als auch gerichtlich. Wir erstellen Forderungsschreiben, Klagen und Stellungnahmen, verhandeln mit Ihrem Arbeitgeber, dessen Anwalt und auch vor Gericht.

### **Vertretung von Betriebs- und Personalräten**

Für Betriebs- und Personalräte stehen wir als Berater, Sachverständige, Referenten und Prozessvertreter zur Verfügung.

### **Referententätigkeit**

Neben der Durchführung von Inhouse-Schulungen für Betriebs- und Personalräte stehen wir auch für verschiedene gewerkschaftliche und gewerkschaftsnahe Bildungsträger als Referentinnen und Referenten zur Verfügung.

Anfragen bitte an [kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de](mailto:kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de)



den Urteils wiedergegebenen Tabelle hervorgeht, steigt zudem der Altersfaktor, der ein Koeffizient der Standardformel und der Sonderformel ist, schrittweise ab dem Alter von 18 Jahren (0,35) bis zum Alter von 57 Jahren (1,70). Erst bei einem Alter von 59 Jahren beginnt dieser Faktor abzunehmen (1,50) und erreicht beim Alter von 64 Jahren sein Minimum (0,30). Zum anderen hat der betroffene Arbeitnehmer gemäß § 6 Punkt 1.5 Unterabs. 3, auch wenn das Ergebnis nach der Sonderformel gleich null ist, Anspruch auf Zahlung einer Abfindung, die der Hälfte der Standardformel-Abfindung entspricht.

53 Hinsichtlich der Beurteilung durch das vorliegende Gericht ist darauf hinzuweisen, dass § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans die Frucht einer von den Arbeitnehmer- und den Arbeitgebervertretern ausgehandelten Vereinbarung ist, die damit ihr als Grundrecht anerkanntes Recht auf Kollektivverhandlungen ausgeübt haben. Dass es damit den Sozialpartnern überlassen ist, einen Ausgleich zwischen ihren Interessen festzulegen, bietet eine nicht unerhebliche Flexibilität, da jede der Parteien gegebenenfalls die Vereinbarung kündigen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Oktober 2010, Rosenblatt, C-45/09, Slg. 2010, I-9391, Randnr. 67).

54 Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht entgegenstehen, die vorsieht, dass bei Mitarbeitern, die älter als 54 Jahre sind und denen betriebsbedingt gekündigt wird, die ihnen zustehende Abfindung auf der Grundlage des frühestmöglichen Rentenbeginns berechnet wird und diesen Arbeitnehmern im Vergleich zur Standardberechnungsmethode, nach der sich die Abfindung insbesondere nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet, eine geringere als die sich nach der Standardmethode ergebende Abfindungssumme, mindestens jedoch die Hälfte dieser Summe, zu zahlen ist.

#### **Zur vierten Frage**

55 Mit seiner vierten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob *[wie oben]* und bei der Anwendung der alternativen Berechnungsmethode auf die Möglichkeit, eine vorzeitige Altersrente wegen einer Behinderung zu erhalten, abgestellt wird.

(...)

59 Folglich ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans in Verbindung mit § 7 Punkt 7.2 des Ergänzenden Sozialplans, wonach einem schwerbehinderten Arbeitnehmer bei Entlassung ein geringerer Abfindungs-

betrag zu zahlen ist als einem nichtbehinderten Arbeitnehmer, eine mittelbar auf dem Kriterium der Behinderung im Sinne von Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 beruhende Ungleichbehandlung.

(...)

63 Gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 ist zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung dieser beiden Gruppen von Arbeitnehmern durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist, ob die zu dessen Erreichung eingesetzten Mittel angemessen sind und ob sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Ziels erforderlich ist.

(...)

68 Somit haben die Sozialpartner bei der Verfolgung des legitimen Ziels einer gerechten Verteilung der begrenzten finanziellen Mittel, die für einen Sozialplan zur Verfügung stehen, entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Arbeitnehmer relevante Gesichtspunkte, die insbesondere die schwerbehinderten Arbeitnehmer betreffen, unberücksichtigt gelassen.

69 Sie haben nämlich sowohl das Risiko für Schwerbehinderte, die im Allgemeinen größere Schwierigkeiten als nichtbehinderte Arbeitnehmer haben, sich wieder in den Arbeitsmarkt einzugliedern, als auch die Tatsache verkannt, dass dieses Risiko steigt, je mehr sie sich dem Renteneintrittsalter nähern. Diese Personen haben jedoch spezifische Bedürfnisse im Zusammenhang sowohl mit dem Schutz, den ihr Zustand erfordert, als auch mit der Notwendigkeit, dessen mögliche Verschlechterung zu berücksichtigen. Wie die Generalanwältin in Nr. 68 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist dem Risiko Rechnung zu tragen, dass Schwerbehinderte unabwiesbaren finanziellen Aufwendungen im Zusammenhang mit ihrer Behinderung ausgesetzt sind und/oder dass sich diese finanziellen Aufwendungen mit zunehmendem Alter erhöhen.

70 Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme bewirkt folglich dadurch, dass sie bei betriebsbedingter Kündigung zur Zahlung eines Abfindungsbetrags an einen schwerbehinderten Arbeitnehmer führt, der geringer ist als die Abfindung, die ein nichtbehinderter Arbeitnehmer erhält, eine übermäßige Beeinträchtigung der legitimen Interessen schwerbehinderter Arbeitnehmer und geht daher über das hinaus, was zur Erreichung der vom deutschen Gesetzgeber verfolgten sozialpolitischen Ziele erforderlich ist.

71 Die sich aus § 6 Abs. 1 Punkt 1.5 des Vorsorglichen Sozialplans ergebende Ungleichbehandlung kann deshalb nicht gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt werden.

### **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.), Stefanie Duffner, Angelika Daumoser, Barbara Renkl, Marco Neuberger; Dank auch an die Korrekturleser/innen

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.

alte Ausgaben der sfm-aktuell unter <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/start/archiv.php> Mehr Entscheidungen, insbes. vom ArbG und LAG München unter: <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/mandanteninfo.html> Benutzername „Betriebsrat“ und Passwort „sfm-muc“

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet