



## **Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung**

**Rheinische Arbeitsrechtstage  
Köln, 17. Mai 2013**

Ulrich Kortmann  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



# **I. Gesetzgebung**

# I. Gesetzgebung

---



- Derzeit „Stillstand der Gesetzgebung“
- Vorhaben wurden auf die nächste Legislaturperiode verschoben (z. B. Arbeitnehmerdatenschutz).
- Ausblick: Wahlprogramme SPD/Grüne
  - Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit
  - flächendeckender Mindestlohn „mindestens“ 8,50 €
  - Tariftreue, Entgeltgleichheit und Frauenförderung als Vergabekriterien
  - Entgeltgleichheitsgesetz
  - Reform der Zeitarbeit (unbedingte Geltung von Equal Pay, Verbot von „Scheinwerkverträgen“)
  - Verbot der sachgrundlosen Befristung



## II. Rechtsprechung

## II. Rechtsprechung

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Sachverhalt:

Arbeitgeber (Charité in Berlin) schaltet die folgende Anzeige:

„Die Charité hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen zu decken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals:

Trainee-Programm an der C („Charitrain“)

Konzept:

- Ein Traineeprogramm ist ein Programm für Hochschulabsolventen ...
- Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm ‚Charitrain‘ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt. Erfahrungswissen wird nicht gefordert.
- Ihr Profil: abgeschlossenes Hochschulstudium (Medizin, Jura, BWL)“

Es bewirbt sich - erfolglos - ein 36jähriger Jurist mit durchschnittlichen Examen



## II. Rechtsprechung

---

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Entscheidung:

Es liegen Indizien für eine Altersdiskriminierung vor:

- Es liegen Indizien für eine Benachteiligung wegen des Alters aus einer Gesamtschau der Begriffe „Hochschulabsolventen“, „Berufsanfänger“ und „Young Professionells“
- Zwar sei kein bestimmtes Höchstalter angegeben, aber aus der Verknüpfung der Begriffe sei zu erkennen, dass nach der Erwartungshaltung des Arbeitgebers die Bewerber nicht älter als 30, höchstens 35 Jahre sein sollte.



## II. Rechtsprechung

---

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Entscheidung:

Benachteiligung nicht gerechtfertigt nach § 10 AGG

- Sicherung einer angemessenen Altersstruktur (-), konnte von Arbeitgeber nicht dargelegt werden
- Erleichterung der beruflichen Eingliederung von Jugendlichen (-), da weder Jugendliche betroffen sind noch die vorliegend gesuchten „Young Professionals“ besonders eingliederungsbedürftig sind
- Auch keine Berufung auf den Rechtfertigungsgrund nach § 10 S. 3 Nr. 3 (Notwendigkeit einer angemessene Beschäftigungszeit nach Ende der Ausbildung). Vorliegend hätte vor dem Kläger noch eine 30jährige Beschäftigungszeit gelegen.
- Kein Argument ist, dass junge ArbN „besser formbar“ sind.



## II. Rechtsprechung

---

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Entscheidung:

Keine Berufung auf Rechtsmissbrauch

- Hintergrund: Kläger ist ein bekannter „AGG-Hopper“ und hatte sich u. a. bei zahlreichen Anwaltskanzleien auf vermeintlich diskriminierende Stellenanzeigen bundesweit beworben; einige Klagen wurden abgewiesen, einige Kanzleien einigten sich mit Kläger auf einen Vergleich.
- Vorliegend keine ausreichenden Indizien für Rechtsmissbrauch. Indiz für mangelnde Ernsthaftigkeit der Bewerbung könnte krasses Missverhältnis zwischen Qualifikation und Bewerberprofil sein, hier aber (-).
- Auch eine Vielzahl von Bewerbungen / Entschädigungsklagen nach dem AGG spreche „nicht zwingend“ für Rechtsmissbrauch.





## II. Rechtsprechung

---

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Entscheidung:

Ob Arbeitgeber die Indizien für eine Diskriminierung entkräften kann, steht noch nicht fest:

- Arbeitgeber hat vorgetragen, dass er nur Bewerber mit guten und sehr guten Examensnoten eingeladen hat.
- Kläger hatte lediglich befriedigende bzw. ausreichende Examina.
- Beklagte war als öffentlicher Arbeitgeber berechtigt und verpflichtet, eine Bestenauslese durchzuführen (Art. 33 GG). Sie musste hierauf nicht gesondert in der Stellenanzeige hinweisen. Dies sei bei öffentlichen Arbeitgebern „eine Selbstverständlichkeit“
- Über die Behauptung der Beklagten ist Beweis zu erheben, daher Verweisung an das LAG



## II. Rechtsprechung

---

### 1. Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung

BAG, Urt. v. 24. 1. 2013 – 8 AZR 429/11

#### Folgerungen:

- Verzicht auf Formulierungen wie „Berufsanfänger“, „0 bis 3 Jahre Berufserfahrung“, „junges dynamisches Team“ etc.
- Wohl noch zulässig: „auch für Berufseinsteiger geeignet“
- Öffentliche Arbeitgeber:
  - Gegenbeweis möglich durch Verweis darauf, dass nur die besten Bewerber eingeladen wurden.
  - Achtung: Dies gilt nicht bei schwerbehinderten Bewerber, die sind vom öffentlichen Arbeitgeber grds. immer einzuladen (§ 82 SGB IX)
- Private Arbeitgeber:
  - spezielle Anforderungen in der Stellenanzeige ratsam
  - Hinweis auf Auswahl nach „Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“?

## II. Rechtsprechung



### 2. „Behinderung“ kann auch bei lang andauernder Krankheit vorliegen

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 (Jette Ring) und C-337/11 (Skouboe Werge)

#### Sachverhalt:

- Zwei dänische Arbeitnehmerinnen werden krankheitsbedingt gekündigt. Frau Ring war wiederholt krank wegen „ständiger Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule“. Frau Werge war nach einem Verkehrsunfall mehrere Wochen arbeitsunfähig, wobei später eine dauerhafte Erwerbsminderung festgestellt wurde.
- Nach dänischem Recht kann der Arbeitgeber nach 120 Krankheitstagen mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen.
- Die Arbeitnehmerinnen haben in einem auf Grundlage des DK-ADG geführten Prozess geltend gemacht, ihre Krankheit stelle eine Behinderung dar, weswegen der Arbeitgeber Vorkehrungen gem. Art. 5 RL 2000/78/EG hätte treffen müsse. Sie verlangen Entschädigung.
- Konkret meinen beide Arbeitnehmerinnen, der Arbeitgeber hätte vor einer Kündigung mit ihnen eine Arbeitszeitreduzierung vereinbaren müssen, da beide Arbeitnehmerinnen in der Lage wären, in Teilzeit zu arbeiten.

## II. Rechtsprechung



### 2. „Behinderung“ kann auch bei lang andauernder Krankheit vorliegen

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 (Jette Ring) und C-337/11 (Skouboe Werge)

#### Vorlagefragen:

- Das dänische Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit dem EuGH vorgelegt und u. a. die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung gestellt:
  - Ist eine vorübergehende bzw. unheilbare Krankheit eine Behinderung i. S. d. Richtlinie?
  - Gehört eine Arbeitszeitreduzierung zu den von Art. 5 RL erfassten Maßnahmen?

„Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten.“ (Art. 5 S. 1 und 2 RL 2000/78/EG)

## II. Rechtsprechung



### 2. „Behinderung“ kann auch bei lang andauernder Krankheit vorliegen

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 (Jette Ring) und C-337/11 (Skouboe Werge)

#### Entscheidung:

- Eine Krankheit ist dann als „Behinderung“ zu werten, wenn sie eine (physisch oder psychisch bedingte) Einschränkung mit sich bringt, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben hindern kann **und** von langer Dauer ist.
- Es kommt nicht darauf an, ob die Krankheit heilbar (vorübergehend) oder unheilbar (dauerhaft) ist.
- Eine Arbeitszeitreduzierung kann zu den von Art. 5 RL geforderten Maßnahme zählen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob sich die Verkürzung der Arbeitszeit als unverhältnismäßige Belastung des Arbeitgebers darstellt.
- Mitgliedsstaaten haben wegen der Zweiseitigkeit von Schutzmaßnahmen für Behinderte (Einstellungshindernis!) einen weiten Wertungsspielraum bei der Festlegung von Maßnahmen gem. Art. 5 RL.

## II. Rechtsprechung



### 2. „Behinderung“ kann auch bei lang andauernder Krankheit vorliegen

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 (Jette Ring) und C-337/11 (Skouboe Werge)

#### Bewertung:

- Weite Auslegung des Begriffs der Behinderung in der Sache nichts neues (vgl. schon Urteil vom 11.07.2006 i. S. Chacón Navas); so auch BAG, Urteil vom 22. 10. 2009 - 8 AZR 642/08.
- Art. 5 RL wurde in Deutschland nur partiell umgesetzt:
  - § 81 SGB IX sieht Maßnahmen i.S.v. Art. 5 RL vor (Berufsbildung, Ausstattung des Arbeitsplatzes usw.), gilt aber nur für Schwerbehinderte und Gleichgestellte
  - betriebliches Eingliederungsmanagement ist auch bei Nichtbehinderten verpflichtend, möglicherweise aber nicht ausreichend.

## II. Rechtsprechung

---



### x. „Behinderung“ kann auch bei lang andauernder Krankheit vorliegen

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-335/11 (Jette Ring) und C-337/11 (Skouboe Werge)

#### Bewertung:

- Entscheidung steht der hiesigen Praxis nicht entgegen. Bei krankheitsbedingten Kündigungen gilt ohnehin eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung.
- Es gibt in D keinen Automatismus wie in Dänemark, wo nach 120 Krankheitstagen ohne weitere Voraussetzung eine Kündigung möglich ist.
- EuGH betont weiten Bewertungsspielraum der Mitgliedstaaten und Arbeitgeberinteressen.
- Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bei krankheitsbedingten Kündigungen wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob eine Arbeitszeitreduzierung möglich und zumutbar ist (neben anderen Maßnahmen wie Änderung des Arbeitsablaufs, Umgestaltung des Arbeitsplatzes, Umverteilung der Aufgaben).

## II. Rechtsprechung

---



### 3. Auskunftsanspruch einer abgelehnten Bewerberin - Galina Meister

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 8 AZR 287/08 (PM 28/13)

#### Sachverhalt:

- 45-jährige russische Bewerberin bewirbt sich auf Stelle als Software-Ingenieurin.
- Unternehmen lehnt Bewerbung ohne Angabe von Gründen ab und schreibt Stelle erneut aus.
- Bewerberin erhebt Klage auf Schadensersatz wg. Diskriminierung aufgrund Alter, Geschlecht, ethnischer Herkunft und verlangt Auskunft über die Person, die schließlich eingestellt wurde.
- Arbeitgeber verweigert jegliche Auskunft.



## II. Rechtsprechung

---



### 3. Auskunftsanspruch einer abgelehnten Bewerberin - Galina Meister

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 8 AZR 287/08 (PM 28/13)

#### Verfahrensgang:

- ArbG, LAG weisen die Klage ab. BAG setzt Verfahren aus und legt EuGH vor
- EuGH entschied mit Urteil vom 19.04.2012:
  - Auskunftsanspruch sieht die Richtlinie nicht vor.
  - Auskunftsverweigerung für sich genommen noch kein Indiz für eine Diskriminierung, evtl. aber im Zusammenspiel mit weiteren Umständen.
- Nach Fortsetzung des Verfahrens vor dem BAG:
  - Klage abgewiesen, da kein Indiz für eine Diskriminierung.

## II. Rechtsprechung

---



### 3. Auskunftsanspruch einer abgelehnten Bewerberin - Galina Meister

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 8 AZR 287/08 (PM 28/13)

#### Folgerungen:

- „Reden ist Silber, schweigen ist Gold“ kann ratsam sein.
- Gemäß dem Vorlagebeschluss des BAG hatte Frau Meister grundsätzlich das Anforderungsprofil erfüllt. BAG hob hervor, dass der Arbeitgeber eine Bewerbung auch aus unsachlichen Gründen unberücksichtigt lassen könne (schlechter subjektiver Eindruck der Bewerbungsunterlagen, „Bauchgefühl“), solange die Gründe nicht auf einem Kriterium nach § 1 AGG beruhen.
- Arbeitgeber sollte sich jedoch für einheitliches Vorgehen entscheiden (entweder Transparenz oder Schweigen).
- Beachte: bei öffentlichen Arbeitgebern besteht ein Auskunftsanspruch gem. Art. 33 II GG (LAG Thüringen, 13.01.1997 - 8 Sa 232/96).

## II. Rechtsprechung

---



### 4. Kündigung eines Sozialpädagogen wegen Kirchenaustritt

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 2 AZR 579/12, PM 29/13

#### Sachverhalt:

- 59-jähriger Kläger arbeitete seit 1992 in einem sozialen Zentrum der Caritas, in dem Schulkinder nachmittags betreut werden. Religiöse Inhalte werden nicht vermittelt. Die Religionszugehörigkeit der Kinder ist ohne Bedeutung.
- Kläger trat 2011 aus der katholischen Kirche aus u. a. mit Verweis auf Missbrauchsfälle in katholischen Einrichtungen und die Vorgänge um die Piusbruderschaft.
- Beklagte kündigte außerordentlich mit sozialer Auslauffrist.

## II. Rechtsprechung

---



### 4. Kündigung eines Sozialpädagogen wegen Kirchenaustritt

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 2 AZR 579/12, PM 29/13

#### Entscheidung:

- Kündigung ist wirksam, denn Kläger hat schwerwiegend gegen seine Loyalitätspflichten verstoßen.
- Kläger leistete „Dienst am Menschen“ und nahm damit am Sendungsauftrag der kath. Kirche teil.
- Die Beklagte könne nicht gezwungen werden, im verkündigungsnahe Bereich einen Mitarbeiter zu beschäftigen, der sich insgesamt von der katholischen Glaubensgemeinschaft losgesagt habe.
- Beschäftigungsdauer und Lebensalter fielen demgegenüber nicht ins Gewicht. Zudem gebe es für den Kläger als Sozialpädagogen auch außerhalb der kath. Kirche Beschäftigungsmöglichkeiten
- Für eine Vorlage an den EuGH bestand kein Bedürfnis

## II. Rechtsprechung

---



### x. Kündigung eines Sozialpädagogen wegen Kirchenaustritt

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 2 AZR 579/12, PM 29/13

#### Bewertung:

- Entscheidung ist nach nationalem Recht konsequent:
  - Kirchen dürfen selbst entscheiden, für welche Tätigkeiten welche Loyalitätsanforderungen verlangt werden und welche Konsequenzen Verstöße gegen Loyalitätspflichten haben (BVerfG, Beschluss vom 04.06.1985 - 2 BvR 1703/83)
  - Art. 5 Abs. 5 GrO: „Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, die aus der katholischen Kirche austreten, können nicht weiterbeschäftigt werden.“

„Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der [Kirchen], von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können“ (§ 9 II AGG)

## II. Rechtsprechung

---



### 4. Kündigung eines Sozialpädagogen wegen Kirchenaustritt

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 2 AZR 579/12, PM 29/13

#### Bewertung:

- Ob tatsächlich kein Verstoß gegen RL 2000/78/ EG vorliegt, ist fraglich:
  - Art. 4 II RL ist enger gefasst als § 9 II AGG

[Nationale Regelungen sind zulässig] „wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“

- Hier durchaus fraglich. BAG stellte darauf ab, dass die Zugehörigkeit zur kath. Kirche nach dem kirchlichen Selbstverständnis eine verkündigungsnahe Tätigkeit sei (subjektiver Maßstab), nicht nach objektivem Maßstab.

## II. Rechtsprechung

---



### 4. Kündigung eines Sozialpädagogen wegen Kirchenaustritt

BAG, Urteil vom 25.04.2013, 2 AZR 579/12, PM 29/13

#### Bewertung:

- Möglicher Verstoß gegen EMRK?
  - EGMR stellte in der Entscheidung Schüth (Urteil vom 23.09.2010 - 1620/03) maßgeblich auf die ausreichende Berücksichtigung der Interessen ab:

„Dass ein Arbeitnehmer, dem von seinem kirchlichen Arbeitgeber gekündigt wurde, nur begrenzte Möglichkeiten hat, eine neue Beschäftigung zu finden, hat aber besondere Bedeutung. Das umso mehr, wenn der Arbeitgeber praktisch eine dominierende Position in einem gegebenen Tätigkeitsfeld hat und einige gesetzliche Privilegien für ihn gelten, wie das der Fall der zwei großen Kirchen in einigen Regionen Deutschlands insbesondere im Sozialbereich ist, z.B. für Kindergärten und Krankenhäuser .... , oder wenn die Ausbildung des gekündigten Arbeitnehmers so geartet ist, dass er, wie in diesem Fall, außerhalb der Kirche als Arbeitgeber eine neue Beschäftigung nur schwer oder gar nicht finden kann.“

## II. Rechtsprechung

---



### 5. Altersgrenze in Betriebsvereinbarungen

BAG, Urteil vom 05.03.2013, 1 AZR 417/12 (PM 14/13)

#### Sachverhalt:

- Arbeitgeber und Arbeitnehmer schlossen 1980 einen Arbeitsvertrag „auf unbestimmte Zeit“.
- Eine Gesamtbetriebsvereinbarung aus dem Jahr 1976 sieht eine Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit Erreichen des 65. Lebensjahres vor.
- Nach Erreichen des 65. Lebensjahres im August 2007 wandte sich der Arbeitnehmer gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses.

#### Entscheidung

- Altersgrenze in Betriebsvereinbarung wirksam
- Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses „auf unbestimmte Zeit“ stellt keine die Betriebsvereinbarung verdrängende Regelung dar.



## II. Rechtsprechung

---



### 5. Altersgrenze in Betriebsvereinbarungen

BAG, Urteil vom 05.03.2013, 1 AZR 417/12 (PM 14/13)

#### Bewertung:

- Zulässigkeit von Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen „alter Hut“ (so schon BAG vom 07.11.1989 - GS 3/85)
- Günstigere arbeitsvertragliche Regelungen gehen vor. Günstiger ist i. d. R. eine höhere Altersgrenze, da der Arbeitnehmer ohnehin jederzeit zu einem früheren Zeitpunkt kündigen kann.
- Erfreulich ist die Klarstellung, dass Arbeitsverträge ohne Altersgrenze keine günstigere Regelung der Altersgrenze darstellen (so schon BAG vom 08.12.2010 – 7 AZR 438/09 - zur tariflichen Altersgrenze)
- Altersdiskriminierung war vorliegend kein Thema, da Beendigung zum Zeitpunkt, ab dem eine Altersrente beansprucht werden kann, zulässig ist (EuGH vom 12. 10. 2010 - C-45/09 - Rosenblatt).

## II. Rechtsprechung

---



### 5. Altersgrenze in Betriebsvereinbarungen

BAG, Urteil vom 05.03.2013, 1 AZR 417/12 (PM 14/13)

#### Bewertung:

- Durch Betriebsvereinbarung lassen sich unwirksame vertragliche Befristungen „retten“:
  - Arbeitsverträge, die trotz Erhöhung der Altersgrenze in der GRV eine Beendigung mit 65 vorsehen (bei diesen ist zweifelhaft, ob eine Auslegung möglich ist, wonach das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters enden soll, jedenfalls soweit sie nach dem 01.01.2008 - Anhebung des Rentenalters - geschlossen wurden).
  - Unwirksame Befristungen auf einen früheren Zeitpunkt (z. B. auf das 60. Lebensjahr).
- Beachte: Betriebsvereinbarung über Altersgrenze nicht möglich, wenn eine tarifliche Altersgrenze besteht oder üblich ist (§ 77 III BetrVG).

## II. Rechtsprechung

### 6. Freiwilligkeitsvorbehalt und Weihnachtsgeld

BAG, Urteil vom 20.02.2013, 10 AZR 177/12

#### Entscheidung:

- Im Arbeitsvertrag befindet sich die folgende Klausel:

„Freiwillige Soziale Leistungen richten sich nach dem betriebsüblichen Rahmen. Zur Zeit werden gewährt:

- Urlaubsgeld in Höhe von 18,40 € pro Urlaubstag.
- Weihnachtsgeld in Höhe von (zeitanteilig) 40 % eines Monatsgehältes im ersten Kalenderjahr der Beschäftigung. Es erhöht sich pro weiterem Kalenderjahr um jeweils 10 % bis zu 100 % eines Monatsgehältes.
- Vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 39,88 € pro Monat nach Vorlage eines entsprechenden Vertrages.

Die Zahlung der betrieblichen Sondervergütungen (Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld, Vermögenswirksame Leistungen) erfolgt in jedem Einzelfall freiwillig und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft“

- Arbeitgeber stellt im Jahre 2010 die Zahlung des Weihnachtsgeldes ein



## II. Rechtsprechung

---

### 6. Freiwilligkeitsvorbehalt und Weihnachtsgeld

BAG, Urteil vom 20.02.2013, 10 AZR 177/12

#### Entscheidung:

- Anspruch auf Weihnachtsgeld begründet. Freiwilligkeitsvorbehalt ist unwirksam, da die Regelung nicht klar und verständlich ist (§ 307 I BGB).
  - „Freiwillige soziale Leistungen“ ist nicht eindeutig, da freiwillig auch heißen kann, dass der Arbeitgeber nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz zur Leistung verpflichtet ist.
  - Der Begriff „gewährt“ sowie die präzise Höhe der Leistungen, sogar für Folgejahre, sind typisch für die Begründung eines Rechtsanspruchs.
  - Die Regelung am Ende, wonach die Leistungen keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen würden, sei zwar eindeutig, stehe aber im Widerspruch zum „gewährten“ Anspruch auf Weihnachtsgeld.

## II. Rechtsprechung

---



### 6. Freiwilligkeitsvorbehalt und Weihnachtsgeld

BAG, Urteil vom 20.02.2013, 10 AZR 177/12

#### Bewertung:

- Entscheidung entspricht der „strengen Linie“ des BAG bei Freiwilligkeitsvorbehalten.
- Unwirksam weil widersprüchlich / nicht verständlich sind z. B.:
  - „freiwillig und jederzeit widerruflich“ (setzt notwendigerweise Anspruch voraus, da nur bestehende Ansprüche widerrufen werden können).
  - Verwendung der Begriffe „erhält Weihnachtsgeld in Höhe von...“ oder „Der Arbeitgeber zahlt ein Weihnachtsgeld in Höhe von...“, auch wenn diese Leistungen im weiteren Verlauf als freiwillig und ohne Rechtsanspruch deklariert werden (Begriffe deuten typischerweise auf Bestehen eines Anspruchs hin).
  - Voraussetzungen und Höhe sind präzise formuliert
  - siehe BAG vom 30.07.2008 - 10 AZR 606/07

## II. Rechtsprechung

---

### 6. Freiwilligkeitsvorbehalt und Weihnachtsgeld

BAG, Urteil vom 20.02.2013, 10 AZR 177/12

#### Bewertung:

- Vertragliche Freiwilligkeitsvorbehalte sollten Voraussetzungen oder Höhe gar nicht benennen. Formulierungsbeispiel:

„Etwaige sonstige Leistungen erfolgen freiwillig und ohne Rechtspflicht. Auch die mehrfache vorbehaltlose Gewährung begründet keinen Anspruch darauf, dass diese Leistungen auch in der Zukunft gewährt werden.“

- Vorzugsweise: Regelung durch Betriebsvereinbarung.

## II. Rechtsprechung

---



### 7. Massenentlassungsanzeige / Konsultationsverfahren

BAG, Urteil vom 28.06.2012, 6 AZR 780/10; Urteil vom 13.12.2012, 6 AZR 752/11

#### Überblick:

- Ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige ist derzeit im Fokus der Rechtsprechung des BAG. Nicht weniger als 6 Entscheidungen allein 2012.
- Regelungen der §§ 17 KSchG beruht auf der MERL (RL 98/59/EG) und sind daher europarechtlich determiniert.
- Zweistufiges Verfahren:
  - Konsultationsverfahren mit Arbeitnehmervertretung
  - Anzeige der Massenentlassungen an die Agentur für Arbeit unter Beifügung der Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung
- Erfüllt einen arbeitsmarktpolitischen Zweck. Die Agentur für Arbeit soll „vorbereitet“ sein für anstehende Massenentlassungen. Darüber hinaus dient er aber auch der Sicherung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretung

## II. Rechtsprechung

### § 17 KSchG

(2) Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

(3) Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muß zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen zu erstatten. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, daß er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt.[...]



## II. Rechtsprechung

---



### 7. Massenentlassungsanzeige / Konsultationsverfahren

BAG, Urteil vom 28.06.2012, 6 AZR 780/10; Urteil vom 13.12.2012, 6 AZR 752/11

#### Kernaussagen der Entscheidungen:

##### 1. Konsultationsverfahren

- Interessenausgleichsverhandlungen nach § 111 BetrVG und Konsultationsverfahren nach § 17 II KSchG können zwar verbunden werden. Dabei wird im „Regelfall“ bei einer ordnungsgemäßen Durchführung des IA-Verfahrens auch dem Konsultationsverfahren genügt.
- Arbeitgeber muss allerdings ggü. dem BR „klarstellen“ dass er auch das Verfahren nach § 17 II durchführt.

## II. Rechtsprechung

---



### 7. Massenentlassungsanzeige / Konsultationsverfahren

BAG, Urteil vom 28.06.2012, 6 AZR 780/10; Urteil vom 13.12.2012, 6 AZR 752/11

#### Kernaussagen der Entscheidungen:

##### 1. Konsultationsverfahren

- Es kann unentschieden bleiben, ob für die Unterrichtung nach § 17 II KSchG gesetzliche Schriftform erforderlich ist. Ein etwaiger Formverstoß wird jedenfalls durch abschließende Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung geheilt.
- Bloße Erklärung der Arbeitnehmervertretung, sie sei rechtzeitig und umfassend i. S. v. § 17 II KSchG unterrichtet worden, genügt nicht.

## II. Rechtsprechung

---



### 7. Massenentlassungsanzeige / Konsultationsverfahren

BAG, Urteil vom 28.06.2012, 6 AZR 780/10; Urteil vom 13.12.2012, 6 AZR 752/11

#### Kernaussagen der Entscheidungen:

#### 2. Übersendung der Stellungnahme an die Agentur für Arbeit

- Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung muss nicht in einem eigenen Dokument erfolgen, sondern kann z. B. im Interessenausgleich integriert sein.
- Stellungnahme muss sich auf die angezeigten Kündigungen beziehen und eine abschließende Meinungsäußerung des BR enthalten.

## II. Rechtsprechung

---



### 7. Massenentlassungsanzeige / Konsultationsverfahren

BAG, Urteil vom 28.06.2012, 6 AZR 780/10; Urteil vom 13.12.2012, 6 AZR 752/11

#### Kernaussagen der Entscheidungen:

#### 3. Keine Heilung durch Bescheid der Agentur

- Bescheid der Agentur für Arbeit über die Wirksamkeit der Anzeige entfaltet im Arbeitsgerichtsprozess keine Wirkung (anders bislang die Instanzrechtsprechung)

#### 4. Rechtsfolgen:

- Fehler führen zur Unwirksamkeit der Massentlassungsanzeige. Ob auch in einem Nebenpunkt unvollständige Informationen zur Unwirksamkeit führen, bleibt unentschieden.
- Unwirksame Massentlassungsanzeige führt zur Nichtigkeit der Kündigung (§ 134 BGB).

## II. Rechtsprechung

---



### 8. Überstunden / Darlegungs- und Beweislast

BAG, Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11

#### Sachverhalt:

- Arbeitnehmer arbeitet als LKW-Fahrer gegen eine Vergütung von 1.100 € bei einer Arbeitszeit von 40 Wochenstunden. Ihm werden vom Arbeitgeber bestimmte Touren zugewiesen.
- Arbeitnehmer verlangt Vergütung von 978,5 Überstunden für 2008/2009.
- Arbeitgeber behauptet, Überstunden habe er weder angeordnet noch gebilligt.



## II. Rechtsprechung

---

### 8. Überstunden / Darlegungs- und Beweislast

BAG, Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11

#### Entscheidung:

- Darlegungs- und Beweislast für Überstunden trägt der Arbeitnehmer
- Arbeitnehmer muss zunächst nur vortragen, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat.
- Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und substantiiert bestreiten, von wann bis wann der Arbeitnehmer ggf. nicht gearbeitet hat.
- Diese Grundsätze gelten nicht schematisch. Bei Kraftfahrern genügt es, wenn angegeben wird, wann eine Tour begann und wann sie endete. Es kommt dann nicht darauf an, ob die Überstunden angeordnet oder gebilligt wurden.
- Arbeitgeber muss dann darlegen, dass die zu erledigende Aufgabe (hier: die Tour) innerhalb der Normalzeit hätte erledigt werden können.

## II. Rechtsprechung

---



### 8. Überstunden / Darlegungs- und Beweislast

BAG, Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11

#### Bewertung:

- Üblicherweise ist die Darlegung von Überstunden im Prozess für den Arbeitnehmer extrem schwierig.
- ArbN muss Überstunden im Einzelnen nach Datum und Tageszeit darlegen. Er muss eindeutig vortragen, ob die Überstunden vom AG angeordnet oder zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeit notwendig oder vom AG gebilligt oder geduldet worden sind (BAG vom 25. 5. 2005 - 5 AZR 319/04)
- Vorliegend begnügt sich das BAG mit einer Darlegung der bloßen Arbeitszeiten. Anordnung oder Duldung musste der ArbN nicht darlegen. Arbeitgeber muss vielmehr darlegen, dass die zugewiesene Arbeitsaufgabe nicht innerhalb der Normalzeit zu erledigen sei.
- Möglicherweise gewisse Aufweichung der Darlegungslast zugunsten des ArbN. Ob den Besonderheiten des Falls geschuldet oder generell, bleibt abzuwarten.

## II. Rechtsprechung

---



### 9. Wegfall einer Hierarchieebene

BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11

#### Sachverhalt:

- Arbeitgeber kündigt einem Betriebsleiter aus betriebsbedingten Gründen. Der Arbeitsplatz sei entfallen aufgrund der unternehmerischen Entscheidung, „Produktionsstandorte zusammenzulegen sowie Funktionen und Zuständigkeiten zu bündeln“
- Die Tätigkeiten in der Prozessentwicklung und QM sowie die Leitungsaufgaben (50% der Arbeitszeit) seien auf die besser qualifizierte und besser bezahlte Frau K übertragen worden (Beförderungsstelle).
- Die anderen 50% seien auf insgesamt sieben nachgeordnete Arbeitnehmer verteilt worden.



## II. Rechtsprechung

---



### 9. Wegfall einer Hierarchieebene

BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11

#### Entscheidung:

- Unternehmerische Entscheidung und Kündigungsentschluss sind hier praktisch deckungsgleich.
- Dies bedeutet, dass erhöhte Anforderungen an die Darlegung der Durchführbarkeit und Nachhaltigkeit der unternehmerischen Entscheidung bestehen.
- Arbeitgeber muss anhand einer schlüssigen Prognose im Einzelnen darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen (d.h. innerhalb der Normalarbeitszeit) erledigt werden können

## II. Rechtsprechung

---



### 9. Wegfall einer Hierarchieebene

BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11

#### Entscheidung:

- Arbeitgeber hat zwar dargelegt, welche konkreten Aufgaben in welchem zeitlichen Umfang künftig durch Frau K und weitere sieben namentlich benannte Arbeitnehmer übernommen werden sollten.
- Er konnte aber nicht darlegen, dass die fraglichen sieben Personen über hinreichend freie Arbeitszeitkapazität hierfür verfügten.
- In welcher Weise ein Arbeitgeber die Umverteilung von Arbeitsaufgaben darlegt, bleibt ihm überlassen. Handelt es sich um nicht taktgebundene Arbeiten, muss nicht in jedem Fall und minutiös dargelegt werden, welche einzelnen Tätigkeiten mit welchen Zeitanteilen täglich zu verrichten haben.

## II. Rechtsprechung

---



### 9. Wegfall einer Hierarchieebene

BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11

#### Entscheidung:

- Es kann ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber die getroffenen Vereinbarungen zu Umfang und Verteilung der Arbeitszeit darstellt und Anhaltspunkte dafür darlegt, dass Freiräume für die Übernahme zusätzlicher Aufgaben vorhanden sind.
- Dies hat der Arbeitgeber vorliegend aber überlassen. Kündigung ist daher unwirksam.

## II. Rechtsprechung

---



### 9. Wegfall einer Hierarchieebene

BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11

#### Bewertung:

- Entscheidung betrifft einen „typischen Fall“ bei betriebsbedingten Kündigungen, nicht nur bei Wegfall von Hierarchieebenen.
- Arbeitgeber hat insbesondere bei höherwertigen Tätigkeiten mit großer Zeitsouveränität Probleme, die Realisierbarkeit der Umverteilung auf die verbleibenden Arbeitnehmer zu belegen.
- 2. Senat erkennt die Schwierigkeiten bei der Darlegung an. Die Anforderungen bleiben gleichwohl sehr hoch. Unklar ist, wie die „Anhaltspunkte für Freiräume“ beschaffen sein müssen.
- Einfacher wird es für den Arbeitgeber, wenn die unternehmerische Entscheidung bereits eine gewisse Zeit umgesetzt wurde und sich als durchführbar erweist.



## II. Rechtsprechung

---

### 9. Leiharbeitnehmer und Schwellenwert des § 23 KSchG

BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12 (PM 6/13)

#### Sachverhalt:

- Kläger arbeite in einem Betrieb, in dem weniger als 10 Stammarbeitskräfte und einige Zeitarbeitskräfte beschäftigt wurden. Kläger wurde ohne Kündigungsgrund gekündigt

#### Entscheidung:

- Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden.
- Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.
- Sache wurde zurückverwiesen an das LAG um festzustellen, ob im konkreten Fall die Leiharbeitnehmer einen regelmäßigen Personalbedarf abdecken.

## II. Rechtsprechung

### 10. Leiharbeiternehmer und Schwellenwert des § 23 KSchG

BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12 (PM 6/13)

#### Entscheidung:

- Die Einbeziehung der Leiharbeiternehmer folge Sinn und Zweck des § 23 III KSchG:

„Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes soll der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertigt keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.“

## II. Rechtsprechung

---



### 10. Leiharbeiternehmer und Schwellenwert des § 9 BetrVG

BAG, Beschluss vom 13.03.2013, 7 ABR 69/11 (PM 18/13)

#### Entscheidung:

- Leiharbeiternehmer zählen bei den Schwellenwerten des § 9 BetrVG mit. Danach ist Anzahl der Mitglieder des Betriebsrats abhängig von der Zahl der in der Regel beschäftigten (wahlberechtigten) Arbeitnehmer.
- Das ergebe eine an Sinn und Zweck der Schwellenwerte orientierte Auslegung des Gesetzes. Jedenfalls bei einer Betriebsgröße von mehr als 100 Arbeitnehmern kommt es auch nicht auf die Wahlberechtigung der Leiharbeiternehmer an.
- Weitere Begründung ist der PM nicht zu entnehmen.

## II. Rechtsprechung

---



### 10. Leiharbeiternehmer und Schwellenwert des § 9 BetrVG / § 23 KSchG

BAG, Beschluss vom 13.03.2013, 7 ABR 69/11 / BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12

#### Bewertung:

- Beide Entscheidungen entsprechen der „neuen Linie“ des BAG, Leiharbeiternehmer aufgrund einer Sinn und Zweck entsprechenden Auslegung bei den unterschiedlichen Schwellenwerten mitzuzählen.
- So schon BAG, Urteil vom 18.10.2011 - 1 AZR 335/10 zum Schwellenwert des § 111 BetrVG (Schwellenwert von 20 wahlberechtigten Arbeitnehmer für die Interessenausgleichs- / Sozialplanpflicht von Betriebsänderungen)
  - Sinn und Zweck sei die Verhinderung finanzieller Überforderung kleinerer Unternehmen.
  - Für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens macht es keinen Unterschied, ob die Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder Leiharbeitnehmern besetzt sind. Maßgeblich ist allein die „Kopfzahl“



## II. Rechtsprechung

---



### 10. Leiharbeiter und Schwellenwert des § 9 BetrVG / § 23 KSchG

BAG, Beschluss vom 13.03.2013, 7 ABR 69/11 / BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12

#### Bewertung:

- Ermittlung der „in der Regel beschäftigten Leiharbeiter nach BAG, Urteil vom 18.10.2011 - 1 AZR 335/10:
  - Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert regelmäßig sowohl einen Rückblick als auch eine Prognose.
  - Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, dh. länger als sechs Monate beschäftigt werden.
  - Da § 111 auf die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer abstellt, dürfen auch nur wahlberechtigte Leiharbeiter mitgezählt werden (nach § 7 BetrVG mindestens 3 Monate im Entleiherbetrieb)

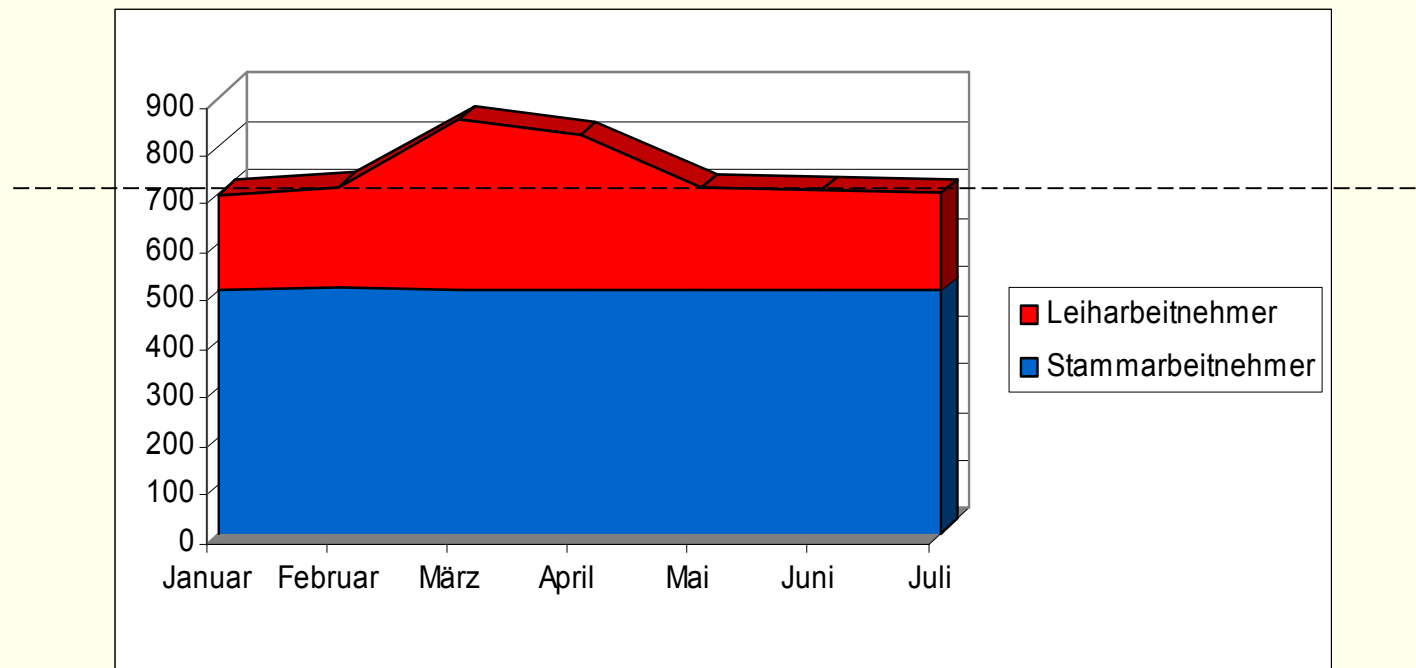
## II. Rechtsprechung



### 10. Leiharbeiter und Schwellenwert des § 9 BetrVG / § 23 KSchG

BAG, Beschluss vom 13.03.2013, 7 ABR 69/11 / BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12

Bewertung:





## II. Rechtsprechung

---

### 10. Leiharbeitnehmer und Schwellenwert des § 9 BetrVG / § 23 KSchG

BAG, Beschluss vom 13.03.2013, 7 ABR 69/11 / BAG, Urteil vom 24.01.2013, 2 AZR 140/12

#### Übertragbarkeit auf weitere Schwellenwerte?:

- Insbesondere: Schwellenwerte für die unternehmerische Mitbestimmung nach MitbestG und DrittelbeteiligungsG
- Beide Gesetze verweisen auf den Arbeitnehmerbegriff des § 5 I BetrVG
- Bisherige Entscheidungen:
  - OLG Düsseldorf vom 12.05.2004 - 19 W 2/04: Keine Interessenbetroffenheit der Leiharbeitnehmer. Tätigkeit des AR ist gerichtet auf die langfristige Unternehmenspolitik. Gegenargument: Leiharbeitnehmer sind aber wahlberechtigt zum AR (§ 10 II MitbestG i.V.m § 7 S. 2 BetrVG).
  - ArbG Offenbach vom 22.08.2012 - 10 BV 6/11: Bei der Berücksichtigung des Schwellenwertes nach § 9 MitbestG (8.000 Arbeitnehmer, maßgeblich für Direkt- oder Delegiertenwahl) zählen die wahlberechtigten Leiharbeitnehmer mit.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**



**Mütze Korsch** Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Erfststraße 19a (Am Mediapark)  
50672 Köln  
Telefon: 0221 / 5 00 03-603  
Fax: 0221 / 5 00 03-636

**Ulrich Kortmann**, Köln  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
kortmann@mkrq.com

[www.mkrq.com](http://www.mkrq.com)