



Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

**Rheinische Arbeitsrechtstage
Köln, 13. Mai 2011**

Ulrich Kortmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht



I. Gesetzgebung

I. Gesetzgebung



1. Reform des Arbeitnehmerüberlassungsrechts


Hintergrund:

- Reformbedarf aufgrund missbräuchlichen Einsatzes von Leiharbeit
 - Verhinderung des „Drehtüreffekts“ – Fall Schlecker
- Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG
 - Informationspflichten über freie Arbeitsplätze im Entleiherbetrieb (Art. 6 I Richtlinie)
 - Zugang der Leiharbeitnehmer zu Gemeinschaftseinrichtungen und –diensten im Entleiherbetrieb (Art. 6 IV Richtlinie)
- Gesetz wurde am 28.04.2011 verkündet (BGBl. I S. 642)
 - Inkrafttreten im Wesentlichen am 01.12.2011

I. Gesetzgebung



Kernpunkte der Neuregelung:

- Verhinderung des Drehtüreffekts
 - Keine Abweichung von Equal Pay durch Tarifvertrag möglich bei Arbeitnehmern, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher(-konzern) standen (§§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG)
-  *macht Drehtürmodell finanziell unattraktiv*
- Sanktionen bei Verstößen:
 - Unwirksamkeit entgegenstehender Vereinbarungen: Arbeitnehmer behalten Anspruch auf Equal Pay (§ 9 Nr. 2 AÜG)
 - BA kann Erlaubnis versagen oder entziehen (§ 3 I Nr. 3 AÜG)

I. Gesetzgebung



Kernpunkte der Neuregelung:

- Erweiterung des Anwendungsbereichs
 - Erlaubnispflichtig ist nicht mehr nur die „gewerbsmäßige“ Überlassung, sondern jede Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.
 - Schließt Personalgestellung und Konzernüberlassung mit ein.

Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/4804, S. 9

„Durch die Regelung wird klargestellt, dass beispielsweise auch konzerninterne Personalservicegesellschaften, die [Leiharbeitnehmer] zum Selbstkostenpreis überlassen, eine Erlaubnis nach § 1 benötigen.“

- Konzernprivileg gilt aber noch in Fällen, in denen die Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG)
- Außerdem erlaubnisfrei: die „gelegentliche Überlassung“ (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a) ⁵

I. Gesetzgebung



Kernpunkte der Neuregelung:

- Arbeitnehmerüberlassung als „vorübergehende“ Überlassung
 - Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/4804, S. 9:
 - Soll der „Klarstellung“ dienen, dass das deutsche Modell der Leiharbeit der Leiharbeitsrichtlinie entspricht.
 - Ist als flexible Zeitkomponente zu verstehen, auf Höchstüberlassungsdauer wurde bewusst verzichtet.
 - Aber: Keine Sanktionen bei nicht nur vorübergehender Überlassung!
 - Offene Fragen:
 - Ist die dauerhafte Personalgestellung verboten?
 - Sind Personalgestellungsverträge nichtig nach § 134 BGB?
 - Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 II Nr. 1 BetrVG?

I. Gesetzgebung



Kernpunkte der Neuregelung:

- Mindestlohn für die Zeitarbeitsbranche (§ 3a AÜG)
 - Tarifvertragsparteien haben Vorschlagsrecht
 - Lohnuntergrenzen werden sodann durch Rechtsverordnung festgesetzt. Verordnungsgeber kann Vorschlag nur unverändert übernehmen.
 - Verordnungsgeber hat Abwägungsentscheidung zu treffen:
 - öffentliches Interesse an Lohnuntergrenze erforderlich;
 - „finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme“ ist zu beachten;
 - bei mehreren Vorschlägen ist Repräsentativität entscheidend.
 - Lohnuntergrenze gilt absolut (auch dann, wenn das Entgelt der vergleichbaren Stamarbeiter niedriger sein sollte).

I. Gesetzgebung



Kernpunkte der Neuregelung:

- Informationspflichten des Entleihers (§ 13a AÜG n. F.)
 - Entleiher hat Leiharbeitnehmer über offene Stellen zu informieren
 - bezieht sich auf sämtliche Stellen in allen Betrieben des Entleihers
 - kann durch Aushang, Intranet, Werkszeitung usw. erfolgen
 - Sanktion: Schadensersatzanspruch des Leiharbeitnehmers, Ordnungsgeld und Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Stellenbesetzung (§ 99 I Nr. 1 oder 3 BetrVG)
- Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und –diensten (§ 13b AÜG n. F.)
 - Leiharbeitnehmer haben Zugang zu namentlich Betriebskindergärten, Kantinen und zum Werksverkehr wie vergleichbare Stammarbeitnehmer.

I. Gesetzgebung



2. Beschäftigtendatenschutz

- Ziel des Gesetzes:
 - Schutz der Arbeitnehmer vor unrechtmäßiger Datenverwendung
 - Rechtssicherheit durch klare gesetzliche Regelungen
 - Verlässliche Grundlagen für den Kampf gegen Korruption
- Stand des Gesetzgebungsverfahrens:
 - Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 17/4230
 - Erste Lesung im Bundestag am 25.02.2011
 - Befindet sich derzeit in den zuständigen Ausschüssen

I. Gesetzgebung



- Anwendungsbereich:
 - Erheben, Verarbeiten, Nutzen von Beschäftigtendaten, egal ob automatisiert oder nicht (§ 27 III BDSG-E)

Anmerkung: Auch jetzt bereits seit der Änderung des § 32 BDSG im September 2009
 - Also auch Befragungen oder Beobachtungen von Vorgesetzten.
 - Beschäftigtendaten = personenbezogene Daten von Beschäftigten



I. Gesetzgebung

Bewerbungsverfahren, §§ 32-32b BDSG-E

- Welche Daten dürfen erhoben werden?
 - Erlaubt: Name, Anschrift, Telefonnummer, Email, weitere Angaben, soweit erforderlich zur Feststellung der Eignung (Daten zu Fähigkeiten, Kenntnissen, Erfahrung, Ausbildung, beruflicher Werdegang)
 - Grundsätzlich nicht erlaubt: Angaben zu Rasse, Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, sexuelle Identität, Gesundheit, Vermögensverhältnisse, Vorstrafen/Ermittlungsverfahren
 - Ausnahme: wenn diese Kriterien ausnahmsweise eine Diskriminierung im Sinne von § 8 AGG rechtfertigen.
 - Ausnahmslos nicht erlaubt: Angaben zu Schwerbehinderung/ Gleichstellung iSd. SGB IX.
 - Tendenzbetriebe dürfen Angaben zu politischen Meinungen, religiösen Überzeugungen usw. verlangen.
 - Immer zu beachten: Art und Ausmaß muss „verhältnismäßig“ sein.

I. Gesetzgebung



Bewerbungsverfahren, §§ 32-32b BDSG-E

- Wie kommt der Arbeitgeber an die Daten?
 - Unmittelbar vom Beschäftigten (gemeint ist: Bewerber)
 - Aus allgemein zugänglichen Quellen, wenn
 - der Arbeitgeber vorher auf die Erhebung hinweist und
 - schutzwürdigen Interessen des Bewerbers nicht überwiegen.
 - Aus sozialen Netzwerken
 - Nur, wenn allgemein zugänglich (also nicht Facebook!);
 - auch dann überwiegt grds. stets das Interesse des Bewerbers,
 - es sei denn, das Netzwerk dient der Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder (XING, LinkedIn),
 - Bei „sonstigen Dritten“ (ex-Arbeitgeber), soweit der Bewerber einwilligt.

I. Gesetzgebung



Bewerbungsverfahren, §§ 32-32b BDSG-E

- Verarbeitung/Nutzung der Daten (§ 32b BDSG-E)
 - die zulässigerweise erhobenen Daten darf der Arbeitgeber verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist
 - für die Feststellung der Eignung oder
 - für die Entscheidung über die Einstellung
 - Gilt auch für vom Bewerber freiwillig, ohne Veranlassung des Arbeitgebers mitgeteilte Daten.
 - Bei abgelehnten Bewerbern: löschen, es sei denn, der Bewerber willigt in Speicherung ein

I. Gesetzgebung



Laufendes Beschäftigungsverhältnis, §§ 32c-32i BDSG-E

- Welche Daten dürfen erhoben, verarbeitet und genutzt werden?
 - Grundsatz: zulässig, soweit für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Arbeitsverhältnis erforderlich (§§ 32c, 32d) insbesondere
 - Abrechnungsdaten / Daten für gesetzliche Meldepflichten usw.,
 - Leistungs- / Verhaltenskontrolle,
 - Daten zur Eignung des Arbeitnehmers.
 - Daten dürfen nur mit Kenntnis des Arbeitnehmers erhoben werden (§ 32e I).
 - Ausnahmsweise heimliche Datenerhebung:
 - begründeter Verdacht auf Straftat/schwerwiegende Pflichtverletzung, die einen wichtigen Grund iSv. § 626 BGB darstellt;
 - heimliche Erhebung ist ultima ratio;
 - nachträgliche Unterrichtung / unverzügliche Löschung.

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Datenscreening § 32d III BDSG-E

- Erlaubt ist ein anonymisierter/pseudonomisierter Datenabgleich zur
 - Aufdeckung von Straftaten, insbesondere Untreue, Bestechlichkeit;
 - Aufdeckung von anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen.
- Ergibt sich hierbei ein Verdacht, dürfen Daten personalisiert werden.
- Dokumentationspflicht des Arbeitgebers zum Anlass des Abgleichs.
- Pflicht zur Unterrichtung der Arbeitnehmer nach Abschluss der Maßnahme.

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Überwachung der Telekommunikation § 32i BDSG-E

- Bislang:
 - Bei erlaubter oder geduldeter Privatnutzung gilt der Arbeitgeber als Provider im Sinne des TKG
 - Geltung des Fernmeldegeheimnisses,
 - Kontrolle nur zur Entgeltermittlung und –abrechnung,
 - sehr enge Missbrauchskontrolle
 - Abweichungen nur durch individuelle Einwilligung, nicht aber durch Betriebsvereinbarung
 - Bei ausschließlich dienstlicher Nutzung grds. keine Einschränkungen (Ausnahmen: Mithören von Telefonaten, Totalkontrolle von Email- und Internetnutzung)

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Überwachung der Telekommunikation § 32i BDSG-E

- Regelung im Entwurf:
 - Bei erlaubter/geduldeter Privatnutzung bleibt alles wie es ist.
(also weiterhin Geltung des TKG!)
 - Bei ausschließlich dienstlicher Nutzung
 - Erhebung von (Inhalts- und Verbindungs-) Daten nur für bestimmte Zwecke (ordnungsgemäßer Betrieb, Abrechnung und stichprobenartige Leistungs- und Verhaltenskontrolle),
 - kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des ArbN,
nach der Entwurfsbegründung z. B. Kommunikation mit BR, ersichtlich private Kommunikation (?!).
 - Bei Stichprobenkontrolle nachträgliche Unterrichtung des ArbN.

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Überwachung der Telekommunikation § 32i BDSG-E

- Regelung im Entwurf:
 - Speziell: dienstliche Nutzung Telefonie (§ 32i II BDSG-E)
 - Erhebung von Inhaltsdaten (mithören/mitschneiden) nur bei im Einzelfall erteilter Einwilligung von Arbeitnehmer und Gesprächspartner
 - Sonderfall: Telefonieren ist wesentlicher Arbeitsinhalt (z. B Callcenter)
 - Erhebung von Inhaltsdaten auch ohne Einwilligung/Kenntnis im Einzelfall, aber nur stichprobenartig oder anlassbezogen
 - Gesprächspartner muss eingewilligt haben.
 - Nachträgliche Unterrichtung

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Überwachung der Telekommunikation § 32i BDSG-E

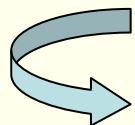
- Regelung im Entwurf:
 - Speziell: dienstliche Nutzung Email/Internet (§ 32i III BDSG)
 - Erlaubt zu Zwecken der Datensicherheit, Abrechnung, Stichprobenkontrolle von Leistung und Verhalten
 - oder soweit für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb in Fällen einer Versetzung, Abordnung oder Abwesenheit erforderlich.
 - Auch bei abgeschlossenem TK-Vorgang gelten die allgemeinen Einschränkungen (also Erforderlichkeit/Verhältnismäßigkeit)
 - Beispiel: Auf dem Arbeitsplatzrechner abgespeicherte Emails.
 - Wertungswiderspruch, da Arbeitgeber briefliche Korrespondenz uneingeschränkt einsehen darf.

I. Gesetzgebung



Weitere Regelungen im Überblick

- Ärztliche Untersuchungen / Eignungstests (§ 32a BDSG-E)
- Videoüberwachung (§ 32f BDSG-E)
- Ortungssysteme (§ 32g BDSG-E)
- Biometrische Merkmale (§ 32h BDSG-E)



Verbote mit Erlaubnisvorbehalt

- Erforderlich zu betrieblichen Zwecken
- keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen
- Löschpflichten

I. Gesetzgebung



Insbesondere: Vorrang von Betriebsvereinbarungen?

- Bislang: Ja, Betriebsvereinbarungen sind „Rechtsvorschriften“ iSv. § 4 I BDSG a.F., die den Vorschriften des BDSG vorgehen (BAG NZA 1996, 945).
- Entwurf:
 - Einerseits: Ergänzung des § 4 I „andere Rechtsvorschriften im Sinne dieses Gesetzes sind auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen“
 - Andererseits: § 32I BDSG-E: „Von den Vorschriften dieses Unterabschnitts darf nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden“, laut Begründung auch nicht durch Betriebsvereinbarungen
- Thomas de Maizière vor dem Bundestag am 25.02.2011:

„Wir haben vorgeschlagen, dass Betriebsvereinbarungen Vorrang vor dem Gesetz haben, aber das Schutzniveau des Gesetzes nicht unterschreiten dürfen. Das ist umstritten. Ich bin gespannt, was im Gesetzgebungsverfahren dabei herauskommt.“



II. Rechtsprechung

II. Rechtsprechung



1. Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

BAG, Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09 (PM)

Sachverhalt:

- Lehrerin war beim Freistaat Sachsen befristet von 2006 bis 2008 beschäftigt.
- Die Befristung erfolgte ohne Sachgrund.
- Während Ihres Studiums hatte sie 1999/2000 als studentische Hilfskraft insgesamt 50 Stunden im Landesdienst gearbeitet.

Gesetzliche Regelung:

§ 14 II 1 und 2 TzBfG

„Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig [...] Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“

II. Rechtsprechung



1. Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

BAG, Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09 (PM)

Entscheidung des 7. Senats:

- Klage auf Entfristung abgewiesen, da keine „Zuvor-Beschäftigung“
- Eine „Zuvor-Beschäftigung“ liegt nicht vor, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurück liegt.
- Dies ergibt eine „am Sinn und Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung“ der Norm.
- Das Verbot soll Befristungsketten und Rechtsmissbrauch verhindern; diese Gefahr besteht regelmäßig nicht mehr, wenn das vorherige Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt.

II. Rechtsprechung



1. Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

BAG, Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09 (PM)

Bewertung:

- Strenges Vorbeschäftigungsverbot war seit langem rechtspolitisch umstritten, da jede Tätigkeit als Werkstudent einer ggf. Jahrzehnte später erfolgenden befristeten Beschäftigung entgegensteht.
- Koalitionsvertrag CDU/CSU/FDP vom 26.10.2009:

„ Wir werden die Möglichkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen so umgestalten, dass die sachgrundlose Befristung nach einer Wartezeit von einem Jahr auch dann möglich wird, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.“
- Allerdings blieb es bei der Ankündigung im Koalitionsvertrag. Umsetzung ist derzeit nicht geplant.

II. Rechtsprechung



1. Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

BAG, Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09 (PM)

Bewertung:

- Entscheidung ist m. E. bedenklich, da die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten werden.
- Anknüpfung an einen Zeitraum von drei Jahren ist letztlich willkürlich.
- So auch noch der 7. Senat (in alter Besetzung) am 29.07.2009 (7 AZN 368/09)

„Das Bundesarbeitsgericht hat bereits entschieden, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis [nicht] ankommt. [...] Der Senat hält ebenso wie der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für eindeutig.“

II. Rechtsprechung



2. Widerruf einer arbeitsvertraglichen Zulage in „Altfällen“

BAG, Urteil vom 20.04.2011, 5 AZR 191/10 (PM)

Sachverhalt:

- Arbeitgeber und Arbeitnehmer schlossen 1990 einen Arbeitsvertrag, der die Gewährung einer widerruflichen Zulage vorsah. Klausel sah jedoch keine Gründe vor, unter denen der Widerruf ausgeübt werden kann.
- Arbeitgeber erklärt Widerruf unter Berufung auf „wirtschaftliche Gründe“.

Entscheidung:

- Widerrufsvorbehalt hält zwar einer AGB-Kontrolle nicht stand, da die Widerrufsgründe nicht angegeben sind.
- Aber: Ergänzende Vertragsauslegung Jedenfalls aus wirtschaftlichen Gründen ist der Widerruf möglich.
- Zurückverweisung an Berufungsgericht zur Ermittlung der wirtschaftlichen Gründe.

II. Rechtsprechung



2. Widerruf einer arbeitsvertraglichen Zulage in „Altfällen“

BAG, Urteil vom 20.04.2011, 5 AZR 191/10 (PM)

Einordnung der Entscheidung:

- Urteil entspricht der bisherigen Rechtsprechung des 5. Senats seit Urteil vom 12.01.2005 - 5 AZR 364/04:
 - Widerruf ist zulässig, soweit max. 25% der Gesamtvergütung betroffen ist und der Tariflohn nicht unterschritten wird.
 - Widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein.
 - Widerrufsgründe müssen „zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers).“
 - Bei Altverträgen ist ergänzende Auslegung geboten, wenn ohne sie keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragsparteien Rechnung tragende Regelung besteht; dies ist bei formell unwirksamen Widerrufsvorbehalten der Fall.

II. Rechtsprechung

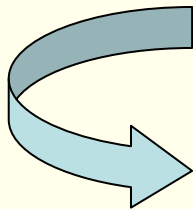


2. Widerruf einer arbeitsvertraglichen Zulage in „Altfällen“

BAG, Urteil vom 20.04.2011, 5 AZR 191/10 (PM)

Einordnung der Entscheidung:

- Strenger der 9. und 10. Senat:
 - Widerruf aus „wirtschaftlichen Gründen“ ist genügt nicht formellen Anforderungen (Urteil vom 13.04.2010 - 9 AZR 113/09)
 - Ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass Arbeitgeber zumindest den Versuch unternommen hat, dem Arbeitnehmer nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine entsprechende Vertragsänderung mit wirksamer Klausel anzubieten (Urteil vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06; Urteil vom 11.02.2009 - 10 AZR 222/08)



Hiergegen nunmehr der 5. Senat vom 20.04.2011:

„„Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer [...] eine Anpassung der Klausel an den strengeren Rechtszustand angetragen hat.“

II. Rechtsprechung



3. Teilbetriebsübergang – Zuordnung des „Overhead“

BAG, Urteil vom 07.04.2011, 8 AZR 730/09 (PM)

Sachverhalt:

- Kläger war Leiter des kaufmännischen Bereichs einer Wasserwerke-GmbH.
- Arbeitgeber verfügte über technische Abteilungen „Trinkwasser“ und „Abwasser“ sowie eine gemeinsame kaufmännische Abteilung.
- 2007 erfolgt Übergang der Abteilungen Trinkwasser und Abwasser auf die beiden bisherigen Gesellschafter der Wasserwerke-GmbH.
- Aus dem kaufmännischen Bereich wurden nur „einige“ Arbeitnehmer von den beiden Erwerbern übernommen.
- Kläger macht Übergang auf den Erwerber des Abwasser-Betriebsteils geltend, da 80% seiner Arbeit Vorgänge aus der Abwasserbeseitigung betraf.

II. Rechtsprechung



3. Teilbetriebsübergang – Zuordnung des „Overhead“

BAG, Urteil vom 07.04.2011, 8 AZR 730/09 (PM)

Entscheidung:

- Klage abgewiesen, da Kläger weder dem Betriebsteil Trinkwasser noch dem Betriebsteil Abwasser zuzuordnen ist.
- Die kaufmännische Abteilung wurde jedoch von keinem Erwerber übernommen. Eine „kaufmännische Abteilung Abwasser“ existierte nicht.

Bewertung:

- Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung, vgl. Urteil vom 24.08.2006 - 8 AZR 556/05
- „Rosinenpicken“ einzelner Abteilungen weiterhin möglich. Unerheblich ist, ob der verbleibende „Restbetrieb“ lebensfähig ist.
- Beachte: Sozialauswahl ist dennoch betriebsübergreifend (BAG vom 28.10.2004 - 8 AZR 391/03)

II. Rechtsprechung



4. Statistik als Indiz für Diskriminierung - GEMA

BAG, Urteil vom 22.07.2010, 8 AZR 1012/08

Sachverhalt:

- Klägerin hatte sich vergeblich auf eine Führungsposition beworben.
- Auf den ersten drei Hierarchieebenen befinden sich ausschließlich Männer, während die Gesamtbelegschaft zu 31% aus Frauen besteht.
- Klägerin macht Schadensersatz wg. Diskriminierung geltend.

Verfahrensgang:

- Berufungsinstanz hatte noch die Statistik als Indiz für Diskriminierung genügen lassen (Beweislastumkehr!)
- Gegenbeweis war dem Arbeitgeber nicht gelungen, da LAG das Nachschieben von sachlichen Gründen nicht zuließ
- LAG verurteilte Arbeitgeber zeitlich unbegrenzt (!) zur Zahlung der Entgelt Differenz von 1.467 € monatlich und 20 T€ Entschädigung.

II. Rechtsprechung



4. Statistik als Indiz für Diskriminierung - GEMA

BAG, Urteil vom 22.07.2010, 8 AZR 1012/08

Entscheidung des BAG:

- BAG hob Entscheidung auf und verwies zurück an das LAG.
- Grundsätzlich könnten zwar Statistiken ein ausreichendes Indiz i.S.v § 22 AGG darstellen, sofern sie aussagekräftig sind.
- Vergleich mit Gesamtbelegschaft reicht jedoch nicht. Maßgeblich ist, wie viel Frauen unterhalb der „gläsernen Decke“ ankommen und welche Beförderungsmöglichkeiten objektiv bestehen.
- Zudem habe LAG zuunrecht andere – gesellschaftliche - Ursachen ausgeblendet (geringere Flexibilität, längere Unterbrechungen wg. Kindererziehung, schlechte Vereinbarkeit Familie/Beruf).
- Schließlich: Es gibt keine rechtlichen Vorgaben dafür, dass auf allen Hierarchieebenen eines Unternehmen eine gleiche Verteilung der Geschlechter vorherrschen muss.

II. Rechtsprechung



4. Statistik als Indiz für Diskriminierung - GEMA

BAG, Urteil vom 22.07.2010, 8 AZR 1012/08

Entscheidung des BAG:

- Fazit des BAG: Auffällige statistische Ungleichgewichte beim Frauenanteil stellen kein Indiz für eine Diskriminierung dar. Es bedarf weiterer Anhaltspunkte.
- Zurückverweisung an das LAG zur Tatsachenaufklärung.

II. Rechtsprechung



5. Annahmeverzug bei Widerspruch gegen den Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 09.09.2010, 2 AZR 582/09

Sachverhalt:

- Krankenhausträger gliederte zum 01.01.2008 Krankenhausbetrieb auf Tochtergesellschaft aus.
- Arzt widerspricht Betriebsübergang.
- Krankenhausträger bietet daraufhin dem Arzt an, ab 01.01.2008 dieselbe Tätigkeit im selben Krankenhausbetrieb zugunsten der Tochtergesellschaft zu erbringen.
- Arzt lehnt ab. Hierauf kündigt der Krankenhausträger betriebsbedingt zum 30.06.2008.

II. Rechtsprechung



5. Annahmeverzug bei Widerspruch gegen den Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 09.09.2010, 2 AZR 582/09

Entscheidung:

- Kündigung als betriebsbedingte Kündigung wirksam. Beschäftigungsbedarf im Betrieb des Arbeitgebers ist weggefallen.
- Auch kein Vergütungsanspruch für den Zeitraum 01.01.-30.06.2008:
 - Es kann offen bleiben, ob überhaupt die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen (Leistungswille und Leistungsfähigkeit)
 - Arzt hat es böswillig unterlassen, die angebotene Beschäftigung bei der Tochtergesellschaft anzunehmen.
- Bewertung:
 - Zu beachten ist ggf. die Einholung einer AÜ-Erlaubnis
 - Pflicht des Arbeitgebers, als milderer Mittel Beschäftigung beim Erwerber anzubieten?

II. Rechtsprechung



6. Weiterbeschäftigung eines Geschäftsführers nach Abberufung

BGH, Urteil vom 11.10.2010, II ZR 266/08

Sachverhalt:

- Kläger war Geschäftsführer einer GmbH und wurde 2007 abberufen
- Anstellungsvertrag war jedoch ordentlich unkündbar (aufgrund Bezugnahme auf einen Tarifvertrag).
- Kläger verlangt Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer, hilfsweise in vergleichbarer leitender Stellung.

II. Rechtsprechung



6. Weiterbeschäftigung eines Geschäftsführers nach Abberufung

BGH, Urteil vom 11.10.2010, II ZR 266/08

Entscheidung:

- Kein Beschäftigungsanspruch des abberufenen Geschäftsführers, weder „als“ Geschäftsführer noch in vergleichbarer Position.
- Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer widerspricht der jederzeitigen Möglichkeit der Abberufung, § 38 I GmbHG.
- Auch sonst kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Anstellungsvertrag hat „regelmäßig“ nur die Beschäftigung als GF zum Inhalt; Ausnahmen sind jedoch denkbar.
- Interessen des abberufenen GF sind regelmäßig gewahrt, da er weiterhin Vergütung verlangen kann (§ 615 BGB).

II. Rechtsprechung



6. Weiterbeschäftigung eines Geschäftsführers nach Abberufung

BGH, Urteil vom 11.10.2010, II ZR 266/08

Bewertung:

- Kann für abberufenen GF zu einem Dilemma führen:
 - Beschäftigung bei der Gesellschaft kann er nicht verlangen.
 - Auch nach Abberufung ist er für die Konkurrenz gesperrt.
 - Keine Präsenz am Markt!
- Gesellschaft kann umgekehrt den abberufenen GF verpflichten, zu zumutbaren Bedingungen zu arbeiten (BGH 09.02.1978 - II ZR 189/76).
- Schicksal des Anstellungsvertrages? Gehaltszahlung bis zur Rente / Tod?
 - Anrechnung von Zwischenverdienst, § 615 S. 2 BGB.
 - Außerordentliche Kündigung?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Erfstraße 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