

# Arbeitsrecht Aktuell

## Inhalt

<b>1. Aktuelle Gesetzgebung</b> .....	S.1
<b>2. Rechtsprechung</b> .....	S.4
<b>3. Kurzinformationen</b> .....	S.22

## Tarifreform im öffentlichen Dienst

Mit der neuen Ausgabe von Arbeitsrecht Aktuell informieren wir Sie über die Voraussetzungen einer wirksamen Ablösung des bisherigen Tarifrechts durch den TVöD. Des Weiteren möchten wir Sie auf die inhaltliche Änderung der sozialversicherungsrechtlichen Informationspflichten des Arbeitgebers bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufmerksam machen.

Auch die Rechtsprechung hielt einige neue interessante Entscheidungen bereit. So entschied das Bundesarbeitsgericht (BAG) über die Berechtigung von vielfiegenden Arbeitnehmern zur privaten Nutzung von Bonuspunkten. Es beschäftigte sich auch mit der Frage der Rentenversicherungspflicht für GmbH-Geschäftsführer und setzte sich mit den Anforderungen an eine Befristung bei gerichtlichem Vergleich auseinander. Hervorzuheben ist die Entscheidung des BAG zur Europarechtswidrigkeit von Altersbefristungen.

Ebenfalls befasste sich das BAG mit den Voraussetzungen eines Teilbetriebsüberganges sowie der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern nach einem Betriebsübergang. Das BAG nahm des weiteren zu den Fragen Stellung, wie weit das

Einsichtnahmerecht des Arbeitgebers in die Wahlunterlagen der Betriebsratswahl reicht und ob bei einer verabredeten Kündigung eine Betriebsratsanhörung erforderlich ist. Es entschied zudem über die Erforderlichkeit eines Internetzugangs für den Betriebsrat.

## I. Aktuelle Gesetzgebung

- **Tarifreform im öffentlichen Dienst – Unter welchen Voraussetzungen liegt eine ausreichende Bezugnahme auf das neue Tarifrecht vor?**

Nach der Einigung der Tarifvertragsparteien im Februar 2005 ist der TVöD am 30. September 2005 unterzeichnet worden. Der Tarifvertrag gliedert sich in einen allgemeinen Teil (TVöD-AT) und besondere Teile. Die besonderen Teile bilden zusammen mit dem allgemeinen Teil die jeweiligen Sparten-Tarifverträge. So besteht z.B. der Sparten-Tarifvertrag „besonderer Teil Verwaltung“ aus dem TVöD-AT und dem für die allgemeine Verwaltung für Bund und Kommunen geltenden besonderen Teil Verwaltung (§§ 40 bis 48).

Zur Überleitung der am Tag vor Inkrafttreten bei Bund und Kommunen beschäftigten Arbeitnehmer sind **besondere Überleitungs-Tarifverträge** abgeschlossen worden. Diese sehen vor, dass **der TVöD im Wesentlichen den BAT von 1961, den BAT-Ost, den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter der Gemeinden (BMT-G II) sowie den BMT-G Ost ersetzt**. In einer Protokollerklärung zu dem Überleitungs-Tarifvertrag -Bund- heißt es, dass **diejenigen Tarifverträge, die der TVöD ersetzen soll, „am 1. Oktober 2005 ohne Nachwirkung außer Kraft treten“**.

§ 3 der Überleitungs-Tarifverträge regelt, dass die bei Inkrafttreten im öffentlichen Dienst von Bund und Kommunen Beschäftigten am 1. Oktober 2005 in den TVöD übergeleitet werden. **Die Überleitungsvorschriften gelten also nur für die bereits vorhandenen Beschäftigten**. Dementsprechend sind die Überleitungs-Tarifverträge im persönlichen Geltungsbereich **auf die Mitarbeiter beschränkt, deren Arbeitsverhältnisse über den 30. September 2005 hinaus fortbestehen und die am 1. Oktober 2005 unter den Geltungsbereich des TVöD fallen**. **Uneingeschränkt gilt der TVöD-AT nur für diejenigen Mitarbeiter, die ab dem 1. Oktober 2005 neu eingestellt werden**. Die Tarifvertragsparteien haben eine Niederschriftserklärung zu dem Überleitungs-Tarifvertrag, die für Bund und Kommunen identisch ist, aufgenommen, nach der die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, dass **„der TVöD und der diesen ergänzende Überleitungs-Tarifvertrag das bisherige Tarifrecht auch dann ersetzen, wenn arbeitsvertragliche Bezugnahmen nicht ausdrücklich den Fall der ersetzenden Regelung beinhalten“**.

- **Bezugnahmeklauseln im öffentlichen Dienst**

Das Bundesministerium des Inneren hielt mit dem Inkrafttreten des TVöD zum 1. Oktober 2005 eine **Anpassung ihrer Musterarbeitsverträge** für erforderlich und hat zu diesem Zweck **neue Musterarbeitsverträge** für neu einzustellende und bereits vorhandene Beschäftigte entworfen. Die neuen Musterarbeitsverträge sehen für den Mitarbeiter des Bundes folgende Bezugnahmeklausel vor:

„Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) einschließlich der besonderen Regelungen für die Verwaltung (TVöD BT-V) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich des Bundes jeweils geltenden Fassung einschließlich des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund) gemäß dessen § 1 Abs. 2. ... .“

Mit dieser Klausel ist die Ersetzung / Ablösung des TVöD durch einen zukünftigen Tarifvertrag gewährleistet.

- **Ersetzung / Ablösung des bisherigen Tarifrechts durch TVöD**

Eine Verweisung auf die für den Arbeitgeber oder den Betrieb jeweils einschlägigen oder aber ersetzenden **Tarifverträge** (sog. Tarifwechselklausel oder **große dynamische Bezugnahmeklausel**) bewirken, dass nicht nur auf Tarifverträge Bezug genommen wird, an die der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrages gebunden war, sondern auch auf Tarifverträge, die für den Arbeitgeber zukünftig jeweils gelten. Solche Verweisungen stellen den Wechsel vom BAT auf den TVöD ohne weiteres auch in nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen sicher.

Fraglich ist aber, was gilt, wenn nur „auf den BAT in der jeweils geltenden Fassung“ verwiesen wird. Nach der Auffassung des BAG (Urt. v. 30. August 2000 – 4 AZR 581/99) ist davon auszugehen, dass die Verwendung dieser sog. kleinen dynamischen Bezugnahmeklausel den Fall eines Tarifwechsels regelmäßig nicht erfasst. Es stellt sich aber die Frage, ob von einem Fall des Tarifwechsels oder aber lediglich von einem Nachfolgetarifvertrag auszugehen ist.

- **„Anderes“ Tarifwerk versus „Nachfolge“-Tarifvertrag**

Der TVöD hat zwar nicht den gleichen Geltungsbereich wie der BAT und der BMT-G, sondern einen persönlichen Geltungsbereich, der sich auf die bisher von BAT und BMT-G erfassten Beschäftigten

erstreckt. Ein gewisser Wandel des bisherigen Tarifsystems bezüglich Schaffung neuer Tarifgruppen, Einführung eines Leistungssystems, Flexibilisierung von Arbeitszeiten und Abschaffung des Ortszuschlags usw. ist ebenfalls erfolgt. Im Kern handelt es sich jedoch um die bisherigen Regelungsgegenstände wie Arbeitszeit und Vergütung, nur mit anderen Inhalten.

Die besseren Argumente sprechen für die Annahme eines Nachfolge-Tarifvertrages.

So sind einheitliche Tarifverhandlungen der gleichen Tarifvertragsparteien geführt worden. Erneut haben Bund und VKA mit den Gewerkschaften ver.di und dbb tarifunion einen Tarifvertrag für die Arbeitnehmer des Bundes abgeschlossen.

Die Ersetzung der Tarifverträge für Arbeiter und Angestellte durch einen einheitlichen Tarifvertrag entspricht im Wesentlichen einer tatsächlichen Entwicklung – die Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten haben sich nivelliert. Sie entspricht auch einer allgemeinen Tarifentwicklung, wie sie bereits in der chemischen Industrie und in der metallverarbeitenden Industrie durch Einführung des einheitlichen Entgeltrahmens (ERA) zu finden ist.

Die Überleitungs-Tarifverträge sind ein Beleg für eine Nachfolgeregelung, finden sich darin doch zahlreiche Nachfolge- und Besitzstandsregelungen.

Die Tarifgeschichte im öffentlichen Dienst lässt ebenfalls den Willen der Tarifvertragsparteien zur Schaffung einer Nachfolgeregelung vermuten. Bereits bei der Schaffung des BAT im Jahre 1961, bekannt auch unter der „großen Tarifreform“, bedurfte es nur einer Ablösungsregel in § 72 BAT und keiner Tarifwechselklausel vom TO.A zum BAT.

Die Tarifzuständigkeit in räumlicher und betrieblich-fachlicher Hinsicht ist gleich geblieben. Betriebe eines öffentlichen Arbeitgebers wechseln nicht in den betrieblich-fachlichen Geltungsbereich eines anderen Tarifwerks. Auch bleibt der Betriebszweck der öffentlichen Arbeitgeber unverändert.

Vor diesem Hintergrund ist von einer Nachfolgeregelung auszugehen. Bei einer dynamischen Verweisklausel auf den BAT werden daher auch die tarifungebundenen Arbeitnehmer nach Maßgabe des TVÜ Bund und TVÜ-VKA in den TVöD als Nachfolgetarifvertrag übergeleitet. Der Nachfolge-Tarifvertrag rückt in die dynamische Verweisung ein und der BAT fällt durch Ablösung weg.

berenice.moeller@lw.com

- **Inhaltliche Änderung der sozialversicherungsrechtlichen Information bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

§ 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III verpflichtet den Arbeitgeber u.a., den Arbeitnehmer frühzeitig vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung sowie über die Verpflichtung zur Meldung (§ 37 b SGB III) bei der Agentur für Arbeit zu informieren. Diese **Informationspflicht** besteht zwar weiterhin. Allerdings hat der Gesetzgeber zum 1. Januar 2006 die Pflichten des Arbeitnehmers nach § 37 b SGB III und die aus einer Pflichtverletzung resultierenden Folgen für den Arbeitnehmer geändert. Diese Änderungen wirken sich indirekt damit auch auf den Inhalt der Informationspflicht des Arbeitgebers aus.

Nach § 37 b SGB III **alter Fassung** musste sich ein Versicherter **unverzüglich** nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend melden. Im Falle eines befristeten Arbeitsverhältnisses hatte die Meldung **drei Monate** vor dessen Beendigung zu erfolgen.

Nach § 37 b SGB III **neuer Fassung** muss sich der Arbeitnehmer **nicht mehr unverzüglich** nach Kenntnis vom Beendigungszeitpunkt bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend melden. Er muss sich nach neuer Gesetzeslage im Grundsatz **erst, aber auch spätestens, drei Monate vor der Beendigung** des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses melden. Liegen zwischen der Kenntnis vom Beendi-

gungszeitpunkt und der Beendigung des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses aber weniger als drei Monate, hat die Meldung **innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis** des Beendigungszeitpunktes zu erfolgen. Ist beispielsweise die Kündigungsfrist geringer als drei Monate oder liegt eine fristlose Kündigung vor, ist vom Arbeitnehmer die Drei-Tages-Frist einzuhalten. Die Fristberechnung richtet sich nach § 26 SGB X i. V. m. §§ 187 bis 193 BGB.

Eine Unterscheidung zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverhältnissen wie nach der alten Rechtslage erfolgt nicht mehr. Zudem trifft die Meldeobligiertheit nicht mehr alle Versicherten, sondern nur solche Personen, deren Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis endet.

Auch die an einen Verstoß anknüpfenden **Rechtsfolgen** sind neu geregelt: Die zuvor in § 140 SGB III geregelte Minderung des Arbeitslosengeldes wegen verspäteter Meldung war abhängig von der Höhe des Bemessungsentgelts und der Anzahl der Tage, um die die Meldung verspätet erfolgte. Das Arbeitslosengeld konnte danach um bis zu 50 Euro für jeden Tag der verspäteten Meldung entfallen. An die Stelle der Anspruchsminderung tritt nun gemäß § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB III eine **Sperrzeit** wegen versicherungswidrigen Verhaltens. Für die Dauer dieser Sperrzeit ruht der Anspruch auf das Arbeitslosengeld, wenn der Arbeitnehmer keinen wichtigen Grund für sein versicherungswidriges Verhalten hatte. Nach § 144 Abs. 6 SGB III beträgt die Sperrzeit **eine Woche**. § 140 SGB III ist gänzlich aufgehoben und findet nur noch aufgrund der Übergangsregelung des § 434 m SGB III Anwendung, wenn sich die Pflicht zur frühzeitigen Arbeitsuchendmeldung nach der bis zum 30. Dezember 2005 geltenden Rechtslage richtet.

Im Gegensatz zur früheren Minderung des Arbeitslosengeldes bringt eine Sperrzeit einen weiteren erheblichen Nachteil für den Betroffenen mit sich: **Nach § 128 Abs. 1 Nr. 3 SGB III** mindert sich die **Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld** um die Anzahl von Tagen einer Sperrzeit bei Meldeversäumnis oder verspäteter Arbeitsuchendmeldung.

Mittlerweile ist zwar höchstrichterlich entschieden, dass eine Verletzung der Informationspflicht nach § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht zu einer **Schadensersatzpflicht** des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer führt (dazu ausführlich in Arbeitsrecht Aktuell Nr. 3, S. 10; Nr. 5, S. 17 und Nr. 7, S. 14). Der Arbeitgeber ist jedoch aufgrund der gesetzlichen Informationspflicht gehalten, seine Belehrung der neuen Gesetzeslage anzupassen. Eine solche könnte nun wie folgt lauten:

„Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie sich spätestens drei Monate vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. wenn weniger als drei Monate ab Kenntnis des Beendigungszeitpunktes zur Verfügung stehen, innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes bei der für Sie zuständigen Agentur für Arbeit arbeitsuchend melden müssen. Tun Sie dies nicht oder verspätet, ruht ein etwaiger Anspruch auf Arbeitslosengeld und es verkürzt sich zudem die Anspruchsdauer für den Bezug von Arbeitslosengeld. Ferner haben Sie eigene Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung zu entfalten.“

Auf eine solche Information kann auch nicht verzichtet werden, wenn der Arbeitnehmer bereits ein anderes Verhalten erfüllt hat, das zu einer Sperrzeit führt. Denn nach § 144 Abs. 2 S. 2 SGB III tritt eine **Kumulation der Sperrzeiten** ein, wenn der Arbeitnehmer mehrere Sperrzeiten begründet und beispielsweise neben einer Eigenkündigung seine Meldepflicht verletzt.

jan.hochtritt@lw.com

## II. Rechtsprechung

### Einzelfragen aus dem Arbeitsverhältnis

- **Bonuspunkte für Vielflieger**

Wie der aktuellen Tagespresse zu entnehmen war, hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) unlängst mit der Frage zu

befassen, welcher Partei eines Arbeitsverhältnisses die **bei Dienstreisen anfallenden Bonusmeilen** gehören.

Der Kläger, ein Verkaufsleiter, ist seit 1993 Inhaber einer Miles&More-Karte der Deutschen Lufthansa und unternimmt aufgrund seiner Tätigkeit eine Vielzahl von dienstlichen Flugreisen, die sein Arbeitgeber, die Beklagte, zentral bei der Lufthansa bucht – und auch bezahlt. Der Verkaufsleiter hatte seine gesammelten Bonuspunkte bislang für private Zwecke benutzt. Da der Arbeitgeber diese private Nutzung untersagte, begehrte der Kläger vor dem Arbeitsgericht die Feststellung, dass er weiter berechtigt sei, alle erworbenen Bonuspunkte für private Zwecke zu nutzen. Zur Begründung trug er vor, dass die ihm von der Lufthansa zugestanden Bonusmeilen in keinem rechtlichen Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis stünden und auch nicht als Einkommen zu qualifizieren seien. Dem entspreche es, dass auch die dienstlichen Flugmeilen seinem **persönlichen Meilenkonto** als Bonuspunkte gutgeschrieben würden. Hieraus ergebe sich, dass die Lufthansa die gewährten Vorteile aus dem Bonusprogramm **gerade nicht dem Auftraggeber** der Flugreise, **sondern ausschließlich dem vielfiegenden Fluggast zukommen lassen wolle**.

Dagegen vertrat der Arbeitgeber die Ansicht, es bestehe selbstredend eine Verknüpfung zwischen den aus dem Bonusprogramm erlangten Vorteilen und dem finanziellen Aufwand für die Flugreisen.

Nachdem das Arbeitsgericht Siegen erstinstanzlich dem Kläger Recht gegeben hatte, wies das Landesarbeitsgericht Hamm die Klage im Berufungsverfahren ab. Auch die vor dem BAG anhängige Revision des Klägers blieb erfolglos. Mit Urteil vom 11. April 2006 (Az. 9 AZR 500/05) entschied das BAG, dass die **Sondervorteile aus dem Miles & More-Programm dem Arbeitgeber als Auftraggeber zustünden** (vgl. § 667, 2. Alt. BGB). Nach dieser Vorschrift ist der Beauftragte „verpflichtet, seinem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat“. Dieser Grundsatz findet auch im Arbeitsverhältnis Anwen-

dung. Die Herausgabepflicht erstrecke sich auf **alle Vorteile**, soweit sie dem Arbeitnehmer von einem Dritten nicht nur bei Gelegenheit, sondern **aufgrund eines inneren Zusammenhangs mit dem geführten Geschäft gewährt worden sind. Demjenigen, für dessen Rechnung – und damit auch auf dessen Kosten – ein anderer Geschäfte führt, gebühren die gesamten Vorteile aus dem Geschäft.**

Die Beklagte durfte dem Kläger deshalb untersagen, die Bonuspunkte zukünftig zu privaten Zwecken zu nutzen und stattdessen von ihm verlangen, sie in **ihrem** wirtschaftlichen Interesse zur Bezahlung von Dienstflügen einzusetzen.

Vorstehende Erwägungen gelten selbstverständlich nicht, wenn der Arbeitgeber eine anderweitige, mithin private Nutzung der auf Dienstflügen erlangten Bonusmeilen erlaubt oder stillschweigend in einem Sinne duldet, dass sich eine entsprechende betriebliche Übung herausgebildet hat.

mathias.preuss@lw.com

#### • **Rentenversicherungspflicht für GmbH-Geschäftsführer**

Das Bundessozialgericht (BSG) hat am 24. November 2005 ein Urteil (Az. B 12 RA 1/04 R) gefällt, das die Rentenversicherungspflicht von Geschäftsführern betrifft. Dieses Urteil hat zu einer erheblichen Unruhe und gleichzeitig zu einer gewissen Ratlosigkeit geführt.

Der Kläger war **alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer Unternehmensberatungs-GmbH, die keine weiteren Mitarbeiter beschäftigte und nur einen Auftraggeber hatte**. Die Deutsche Rentenversicherung Bund, die ehemalige Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, vertrat die Auffassung, dass der Kläger „**arbeitnehmerähnlicher Selbständiger**“ im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI und daher **rentenversicherungspflichtig ist**. Nach dieser Bestimmung sind versicherungspflichtig selbstständig tätige Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeit-

nehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 Euro im Monat übersteigt, und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Zur Begründung ihres Standpunktes führte die Deutsche Rentenversicherung Bund u.a. aus, dass es auf der Grundlage der für das Sozialversicherungsrecht maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse **allein darauf ankommen könne, dass im Rechtsverkehr nur der Gesellschafter-Geschäftsführer und nicht die von ihm geleitete GmbH auftrete**. Von daher müsse – ebenso wie nach ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung der Versicherungspflicht aufgrund abhängiger Beschäftigung – deren rechtliche Existenz „hinweggingiert“ werden. **Ein Abstellen auf die GmbH diene demgegenüber letztlich der Gesetzesumgehung**. Mit dieser Argumentation wollte die Deutsche Rentenversicherung Bund eine höchstrichterliche Entscheidung herbeiführen, nach der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer mindestens 50 %-igen Beteiligung am Stammkapital der GmbH, entgegen der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung, rentenversicherungspflichtig sind, wenn die GmbH keine Arbeitnehmer beschäftigt und überwiegend nur für einen Auftraggeber tätig ist.

Das BSG ist dieser Auffassung zwar im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung gefolgt. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt: Einziger „Auftraggeber“ des ohne Arbeitnehmer selbständigen Klägers sei die GmbH, deren einziger Gesellschafter und Alleingeschäftsführer er gleichzeitig sei. Die Erfüllung dieser notwendigen und hinreichenden Voraussetzungen belege die Zugehörigkeit des Klägers zum versicherten Personenkreis und seine vom Gesetz typisierend zugrunde gelegte Schutzbedürftigkeit, ohne dass weitere Gesichtspunkte zu prüfen wären. **Weder komme es daher für die Frage der Versicherungspflicht zusätzlich auf eine konkrete wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit des Klägers an, noch seien sonstige Außenbeziehungen der GmbH von Bedeutung**.

Eine konsequente Umsetzung des Urteils des BSG vom 24. November 2005 hätte weit reichende Folgen; denn nach der

Auffassung des BSG kommt es für die Frage der Versicherungspflicht nicht darauf an, wie viele Arbeitnehmer die GmbH beschäftigt und wie viele Auftraggeber sie hat. Da **allein die „tatsächlichen Verhältnisse“ des Geschäftsführers maßgeblich** sein sollen – er beschäftigt in der Regel keine eigenen Arbeitnehmer und wird vielfach auch nur Geschäftsführer einer Gesellschaft sein – hätte die Entscheidung zur Folge, dass **annähernd alle selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführer versicherungspflichtig** werden. Insbesondere bislang nicht rentenversicherungspflichtige Einzelkaufleute mit mehreren Arbeitnehmern und Auftraggebern würden versicherungspflichtig werden, sobald sie eine Gesellschaft gründen, in der sie eine beherrschende Stellung einnehmen.

**Bedenken**, die sich aus dem Urteil des BSG ergebenden Konsequenzen umzusetzen, **hat auch die Deutsche Rentenversicherung Bund**. Diese hat in einer Pressemitteilung vom 4. April 2006 unter anderem erklärt,

**„dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 24.11.2005 (B 12 RA 1/04 R) zur Rentenversicherungspflicht von selbständigen GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht zu folgen**. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wurde um eine gesetzliche Klarstellung im Sinne der bisherigen Praxis gebeten“.

In der Pressemitteilung ist ferner folgender Hinweis enthalten:

„Nach Auffassung der Rentenversicherungsträger ist es ausreichend, wenn die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht des Gesellschafters von der Gesellschaft erfüllt werden. Es ist somit maßgebend, wie viele versicherungspflichtige Arbeitnehmer bei der Gesellschaft beschäftigt sind und für wie viele Auftraggeber die Gesellschaft tätig ist.“

**In welcher Form der Gesetzgeber eine gesetzliche Klarstellung vornehmen wird, bleibt abzuwarten**. Eine Klarstellung hat er in jedem Fall zugesagt. Sollte er der

Anregung der Deutschen Rentenversicherung Bund folgen, würde bei der Prüfung der Rentenversicherungspflicht eines Geschäftsführers zukünftig auf die Verhältnisse der Gesellschaft abgestellt werden. In diesem Fall wäre (nur) der Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, die keine Arbeitnehmer beschäftigt und nur für einen Auftraggeber tätig ist, versicherungspflichtig.

peter.markl@lw.com

- **Anforderungen an einen gerichtlichen Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG**

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (LAG BW) musste in seiner Entscheidung vom 3. Mai 2005 (Az. 22 Sa 84/04) über die Anforderungen befinden, die das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) an einen die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigenden gerichtlichen Vergleich stellt.

Die Klägerin war bei der Beklagten befristet als Lektorin angestellt. Als ihr erster Vertrag auslief, suchten die Parteien nach Möglichkeiten für eine weitere befristete Anstellung. Obwohl ein sachlich rechtfertigender Grund für die Befristung möglicherweise bestanden hätte, äußerte die Personalabteilung der Beklagten Bedenken an deren Rechtmäßigkeit. Ihr Leiter schlug vor, einen gerichtlichen Vergleich herbeizuführen, der als Rechtfertigungsgrund für die Befristung dienen sollte.

Er sprach mit dem zuständigen Arbeitsgericht Freiburg einen Termin ab, entwarf für die Klägerin eine auf die Fortführung des ersten Arbeitsvertrages gerichtete Klage und fertigte letztlich einen auf Abschluss des zweiten Vertrages gerichteten Vergleichsentwurf. In dem kurzfristig anberaumten Termin wurde die von der Klägerin unterzeichnete Klage dem Gericht übergeben; die Beklagte verzichtete wirksam auf deren förmliche Zustellung. Ohne die Sach- und Rechtslage ausdrücklich erörtert zu haben, nahm das Gericht den vorbereiteten Vergleichsentwurf zu Protokoll; dieser „Streit“ war damit beigelegt.

Die Klägerin erhob später Entfristungsklage nach § 17 TzBfG und ersuchte das Arbeitsgericht um Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten trotz Ablaufs der Befristung nicht beendet sei. Während das Arbeitsgericht die Entfristungsklage noch mit der Begründung abgewiesen hatte, der gerichtliche Vergleich sei formell ordnungsgemäß zustande gekommen und stelle daher einen sachlichen Grund für die Befristung dar, gab das LAG BW der Klägerin Recht. Nach Meinung der Kammer setzt § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG mehr als die Erfüllung aller äußeren Anforderungen eines gerichtlichen Vergleichs – Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes, ordnungsgemäße Protokollierung durch ein Gericht – voraus. **Ein die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigender gerichtlicher Vergleich liegt danach erst dann vor, wenn das Gericht tatsächlich die Möglichkeit hatte, auf die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung einzuwirken.**

Zur Begründung führt das LAG BW den Wortlaut der Vorschrift an, wonach die Befristung auf dem Vergleich „beruhen“ muss. Ein solches Beruhen könne nur dann angenommen werden, wenn der **Vergleich als Ergebnis eines gerichtlichen Verfahrens zustande gekommen sei, nicht jedoch dann, wenn das gerichtliche Verfahren lediglich zur „Gewinnung“ eines Vergleichs eingeleitet worden sei.** Nach den Entscheidungsgründen **bietet erst die aktive Vermittlung eines zur Neutralität verpflichteten Richters die Gewähr dafür, dass die zugunsten des Arbeitnehmers zwingenden Kündigungsschutzvorschriften nicht ohne Grund außer Kraft gesetzt werden.**

In einem obiter dictum fügte das LAG BW noch hinzu, dass der beklagte Arbeitgeber sich selbst dann nicht auf den Vergleich berufen könne, wenn man der vorstehenden Argumentation nicht folgen wollte. Der Arbeitgeber habe mit dem von ihm **initiierten „Scheinverfahren“** eine gesetzliche Regelung funktionswidrig in Anspruch nehmen wollen und sich damit rechtsmissbräuchlich verhalten.

Angesichts der auf die Eingehung von Vergleichen jedweder Art gerichteten

Praxis deutscher Arbeitsgerichte ist das Urteil durchaus überraschend. Es zeigt, dass „kreative“ Rechtsanwendung mehr als nur die Lektüre des bloßen Gesetzestextes erfordert. Der Kern der Aussage des LAG BW geht aber über den vorliegenden Sachverhalt hinaus. Er besteht darin, dass die sachlichen Rechtfertigungsgründe der Befristung nicht durch Einhaltung der Formalien gewahrt werden dürfen. Danach **muss der jeweils genannte Befristungsgrund in der Praxis tatsächlich „gelebt“ werden**. Dies dürfte sich auch auf die übrigen Befristungsgründe auswirken. Eine Befristung unter dem Deckmantel der Erprobung oder Vertretung eines anderen Arbeitnehmers dürfte daher in Zukunft noch schwieriger gestaltbar sein.

volker.vogt@lw.com

#### • **Altersbefristung europarechtswidrig**

Gemäß **§ 14 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)** bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das **52. Lebensjahr** (Anmerkung: bis 31. Dezember 2006, danach wieder das 58. Lebensjahr) vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als 6 Monaten liegt. Mit dieser Regelung bezweckte der Gesetzgeber die **Verbesserung der Chancen älterer Mitarbeiter** auf eine zumindest befristete Beschäftigung. Mit der befristeten Herabsenkung des Alters vom 58. auf das 52. Lebensjahr sollten weitere Altersgruppen mit besonders hohem Zugang in die Arbeitslosigkeit einbezogen werden.

**Die Regelung ist europarechtswidrig und von den nationalen Gerichten unangewendet zu lassen.** Dies entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 22. November 2005 (Rs. C-144/04 - Mangold) auf ein ent-

sprechendes Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichts (ArbG) München. Der Kläger war im Alter von 56 Jahren befristet nach § 14 Abs. 3 TzBfG beschäftigt worden. Er hielt die Befristung seines Arbeitsvertrages für unwirksam, da § 14 Abs. 3 TzBfG seiner Auffassung zufolge gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstößt.

Der EuGH war der Auffassung, dass § 14 Abs. 3 TzBfG **gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG verstößt**. Danach ist eine Diskriminierung wegen des Alters verboten. Zulässig sind zwar objektive und angemessene Differenzierungen, die im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind, hier z.B. durch arbeitsmarktbezogene Gesichtspunkte bzw. die beschäftigungspolitische Zielsetzung des Gesetzgebers, die Wiedereingliederung von älteren Arbeitnehmern in den Arbeitsmarkt zu fördern. Der EuGH bestätigte insoweit, dass hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anzuerkennen sei. Durch die **Herabsenkung auf das 52. Lebensjahr** liefe aber, so der EuGH, eine große, ausschließlich nach dem Lebensalter definierte Gruppe von Arbeitnehmern während eines erheblichen Teils ihres Berufslebens Gefahr, von festen Beschäftigungsverhältnissen ausgeschlossen zu werden. Die Erforderlichkeit der Absenkung sei nicht nachgewiesen.

Unbeachtlich war dem EuGH zufolge, dass die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Kläger noch nicht abgelaufen war. Normalerweise entfalten EG-Richtlinien keine unmittelbare Wirkung zwischen Privatpersonen. Sie werden deshalb erst durch ihre Umsetzung in nationales Recht verbindlich, es sei denn, bereits bestehende nationale Regelungen können richtlinienkonform ausgelegt werden. Mit der richtlinienkonformen Auslegung von § 14 Abs. 3 TzBfG beschäftigte sich der EuGH indes nicht. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei, so der EuGH, ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. **Es obliege dem nationalen Gericht, die volle Wirksamkeit des Diskriminierungs-**

**verbots wegen des Alters zu gewährleisten**, indem es entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts – hier: § 14 Abs. 3 TzBfG – unangewendet lässt.

Für die Arbeitgeber bedeutet das: **Auch für die Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Mitarbeitern müssen die Voraussetzungen der sachgrundlosen Befristung** gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG (bzw. für Existenzgründer nach § 14 Abs. 2a TzBfG) **oder der Sachgrundbefristung** gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG **vorliegen**. Dies gilt jedenfalls solange, bis der Gesetzgeber die Altersbefristung, die dem EuGH zufolge grundsätzlich zulässig ist, in europarechtskonformer Weise normiert hat.

norma.studt@lw.com

- **Erfüllung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG bei der Weiterbeschäftigung eines abberufenen GmbH-Geschäftsführers**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte mit Urteil vom 25. November 2005 (Az. 2 AZR 614/04) darüber zu entscheiden, ob ein GmbH-Geschäftsführer, der nach seiner Abberufung ohne wesentliche Änderung seiner Arbeitsaufgaben als Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird, in dem neu begründeten Arbeitsverhältnis unmittelbar Kündigungsschutz genießt oder zunächst die sechsmonatige Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG zurückzulegen hat. Das BAG ist davon ausgegangen, dass die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer im Zweifel auf das Arbeitsverhältnis anzurechnen ist.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der klagende Arbeitnehmer war zunächst als Sachbearbeiter bei der beklagten KG beschäftigt. Danach war er zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestellt worden. Nach mehr als fünfjähriger Geschäftsführertätigkeit wurde er von dieser Position abberufen. Die Parteien einigten sich darüber, dass der Kläger ab dem Tag seiner Abberufung „entsprechend dem Geschäftsführeranstellungsvertrag“ als Assistent der Geschäftsführung weiterarbeitete. Fünf Monate nach der Abberufung kündigte

die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis.

Das BAG hat die Kündigungsschutzklage des Klägers – entgegen den Vorinstanzen – nicht mangels Erfüllung der Wartezeit abgewiesen. Vielmehr ist das BAG davon ausgegangen, dass der Kläger in dem **nach seiner Abberufung neu begründeten Arbeitsverhältnis von Anfang an Kündigungsschutz genossen hat**. Zwar sei seine Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, weshalb damit die gesetzliche Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG für das Eingreifen des Kündigungsschutzes nicht erfüllt werde. Den Parteien habe es jedoch im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit freigestanden, die **Anrechnung der Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf das neu begründete Arbeitsverhältnis** zu vereinbaren, so dass der Betroffene **von Anfang an Kündigungsschutz** genießt. Das BAG vertritt die Auffassung, dass die Vereinbarung einer Weiterbeschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses – ohne eine wesentliche Änderung der Arbeitsaufgaben – nach der Kündigung des Geschäftsführervertrages auf den **Parteiwillen** schließen lasse, **dass die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf das neu begründete Arbeitsverhältnis anzurechnen** sei, auch wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist. Ein abweichender Parteiwille, die frühere Beschäftigungszeit als Geschäftsführer unberücksichtigt zu lassen, sei nur dann beachtlich, wenn er in dem neuen Arbeitsvertrag einen hinreichenden Ausdruck gefunden hat. In dem vom BAG entschiedenen Fall war diesbezüglich nichts im Arbeitsvertrag geregelt.

Für den Arbeitgeber bedeutet dies:

**Soll bei einer Weiterbeschäftigung eines abberufenen GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer nicht angerechnet werden, so sollte dies im neuen Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt werden.**

Anderenfalls ist nach der vorliegenden Entscheidung damit zu rechnen, dass ein Gericht einen auf die Anrechnung gerichteten Parteiwillen unterstellt.

tina.witten@lw.com

- **Sog. Ausgleichsquittung und Auskunft über Kfz-Kosten bei privat genutztem Dienstfahrzeug bei Abrechnung des geldwerten Vorteils nach 1%-Regelung**

Mit Urteil vom 19. April 2005 (Az. 9 AZR 188/04) hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) im Wesentlichen über zwei Streitpunkte im Zusammenhang mit der Kfz-Nutzung durch Arbeitnehmer zu entscheiden, nämlich über die Reichweite einer sog. Ausgleichsquittung im Rahmen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einerseits sowie über die Auskunftsverpflichtung des Arbeitgebers hinsichtlich der Kosten eines auch zur Privatnutzung überlassenen Dienstfahrzeugs andererseits.

Das BAG stellte fest, dass eine sog. **Ausgleichsquittung**, wonach sämtliche wechselseitigen finanziellen Ansprüche der Parteien aus und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung, gleich aus welchem Rechtsgrund, seien sie bekannt oder unbekannt, erledigt werden sollten, **Auskunftsansprüche über Kfz-Kosten nicht erfasse**. Außerdem sei der **Arbeitgeber grundsätzlich gegenüber dem Arbeitnehmer zur Auskunft über die tatsächlich mit der Fahrzeughaltung verbundenen Kosten verpflichtet**, damit dieser die wegen einer nur geringfügigen Privatnutzung möglicherweise überzahlte Lohnsteuer vom Finanzamt erstattet verlangen kann.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Arbeitgeberin hatte dem Arbeitnehmer ein Dienstfahrzeug auch zur Privatnutzung überlassen und den zur Versteuerung anfallenden geldwerten Vorteil der Privatnutzung nach der sog. 1 %-Regelung ermittelt. Der Arbeitnehmer machte gegenüber der Finanzverwaltung im Rahmen der Einkommensteuer-Veranlagung geltend, der der Lohnsteuer zugrunde gelegte Privatnutzungsanteil des Dienstfahrzeugs sei zu hoch bemessen, weil er das Dienstfahrzeug privat nur in geringem Umfang nutze. Die Finanzverwaltung stellte daraufhin anheim, ein Fahrtenbuch zu führen sowie eine Aufstellung der Arbeitgeberin über die das Dienstfahrzeug betreffenden Kosten einzureichen. Die entsprechende Auskunft bzw. Bescheinigung über die Kosten des Dienstfahrzeugs wollte die Arbeitgeberin

indes nicht erteilen. Hierüber führten die Parteien einen Rechtsstreit.

Nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien beendet worden war, schlossen diese einen Vergleich, der die genannte Ausgleichsquittung vorsah.

Das BAG stellte fest, dass die **sog. Ausgleichsquittung ihrem Wortlaut nach nur finanzielle Ansprüche der Parteien gegeneinander erfasse, nicht dagegen den Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers**. Darüber hinaus sprach in diesem Fall auch die beabsichtigte Wertfestsetzung des Arbeitsgerichts gegen die Erledigung des Auskunftsanspruchs. Denn sie beinhaltete den Auskunftsanspruch nicht.

Ein Auskunftsanspruch bestehe über die gesetzlich normierten Auskunftsverpflichtungen hinaus, wenn „die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang eines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen tatsächlichen Angaben unschwer machen kann“. Mit Hilfe der Auskunft werde der Auskunftsberechtigte in die Lage versetzt, einen regelmäßig auf Geld gerichteten Anspruch zu beziffern. Dabei sei unerheblich, ob sich der Anspruch gegen den Arbeitgeber selbst oder gegen einen Dritten richte.

**Hier sei der Arbeitnehmer** – so das BAG – **auf die Auskunft der Arbeitgeberin angewiesen gewesen**. Überlasse der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Dienstfahrzeug auch zur Privatnutzung, so handele es sich bei dieser Gestattung um einen geldwerten Vorteil. Die Nutzungsbefugnis gehöre zum Arbeitslohn und sei deshalb bei den Einkünften gemäß § 19 Einkommensteuergesetz (EStG) zu berücksichtigen. Der Wert sei in der Höhe anzusetzen, in der dem Arbeitnehmer durch die Haltung eines eigenen Pkw des gleichen Typs Kosten entstanden wären. Steuerrechtlich stünden wahlweise zwei Möglichkeiten für die Ermittlung des Nutzungswerts zur Verfügung, nämlich entweder die konkrete Ermittlung der Kosten nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG gemäß Fahrtenbuchnachweis oder die

pauschale Ermittlung mit 1 % des Listenpreises gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 EStG. **Vereinbaren die Parteien, dass der Nutzungswert pauschal nach der 1 %-Regelung ermittelt und die entsprechende Lohnsteuer abgeführt werden soll, so könne dem Arbeitnehmer steuerrechtlich ein Nachteil entstehen, wenn der tatsächliche Nutzungswert unter dem versteuerten Pauschalwert liege.** Die zuviel abgeführte Lohnsteuer des Arbeitnehmers wird zurück erstattet, wenn der Arbeitnehmer dem Finanzamt gegenüber den Nachteil nachweisen kann.

norma.studt@lw.com

- **AGB-Kontrolle von kombiniertem Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt**

Mit Urteil vom 27. Juli 2006 (Az. 6 Sa 29/05) entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm über einen Fall, in dem bestimmte **Leistungen** (eine „Teamcoach-Zulage“ sowie ein Mitarbeiterabbatt) ausweislich des **Anstellungsvertrages einerseits** als **freiwillige** Leistungen bezeichnet und **andererseits** aus beliebigem Grunde bzw. aus bestimmten sachlichen Gründen **frei widerruflich** waren und zudem „ohne Rechtsbindung“ in Aussicht gestellt wurden. Der **Arbeitgeber** **widerrief** beide Leistungen unter Hinweis auf die wirtschaftliche Situation und das dadurch gewährte „billige Ermessen“ bei Ausübung des Widerrufs sowie den generellen Freiwilligkeitscharakter der Sonderleistungen. Hiergegen klagte der Arbeitnehmer.

Das LAG gab der Klage statt. Die entsprechenden **Regelungen** in dem Arbeitsvertrag seien wegen eines **Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 BGB) unwirksam**. Denn sie seien nicht klar und verständlich, sondern widersprüchlich. Der Freiwilligkeitsvorbehalt verhindere nämlich grundsätzlich das Entstehen eines vertraglichen Anspruches und belasse dem Arbeitgeber die Freiheit, selbst im laufenden Kalenderjahr noch über das Ob und das Wie der Leistung zu entscheiden – der Widerrufsvorbehalt begründe demgegenüber das Recht des Arbeitgebers, eine bereits mit Rechtsanspruch gewährte Leistung einseitig wie-

der zu ändern (vgl. zur Reichweite solcher Widerrufsvorbehalte zuletzt BAG, Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – BAGR 2005, 132). Wenn der Arbeitgeber jedoch wie hier einen unbeschränkten und einen beschränkten (Widerruf nur bei Vorliegen sachlicher Gründe) Widerrufsvorbehalt sowie einen Freiwilligkeitsvorbehalt gemeinsam in Bezug auf die identischen Nebenleistungen verwende, so sei dem Arbeitnehmer nicht erkennbar, ob die Leistung nur unter Vorbehalt der Freiwilligkeit (ohne Rechtsanspruch) oder aber unter einem Widerrufsvorbehalt (mit Rechtsanspruch, aber ggf. widerruflich) gewährt werden solle. Das BAG sah die Regelungen als intransparent an. Da eine geltungserhaltende Reduktion bei der Kontrolle von vorformulierten Arbeitsbedingungen nicht mehr zulässig ist, sei von der Unwirksamkeit der Vertragsklausel insgesamt auszugehen (BAG, Urt. v. 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, BAGR 2004, 249 = ArbRB 2004, 231 (Range-Ditz)). Auch die Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) stünden diesem Ergebnis nicht entgegen.

stefan.lunk@lw.com

## Betriebsübergang

- **Voraussetzung eines Teilbetriebsüberganges**

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 27. Oktober 2005 (Az. 8 AZR 45/05) lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die klagende Arbeitnehmerin war bei der Beklagten zu 1. als kaufmännische Angestellte tätig. Die Beklagte zu 1. erbrachte gegenüber der Beklagten zu 2. kaufmännische Dienstleistungen. Nachdem letztere diesen Dienstleistungsvertrag gekündigt hatte, beendete die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Sie hielt die **Kündigung nach § 613a Abs. 4 BGB für unwirksam**. Die **Dienstleistungen**, die die Beklagte zu 1. auf der Basis des gekündigten Dienstleistungsvertrages erbracht habe, seien nämlich **sukzessive** von der Beklagten zu 2. **übernommen** worden. So seien bisherige leitende **Mitarbeiter** der Beklagten zu 1. zur Beklagten zu 2. **gewechselt**.

Ferner führe die Beklagte zu 2. die vor Kündigung des Dienstleistungsvertrages von der Beklagten zu 1. erbrachten **Tätigkeiten in identischem Umfang in denselben Räumlichkeiten mit denselben Betriebsmitteln** weiterhin durch.

Entgegen der 1. Instanz wiesen LAG und BAG die **Klage ab**. Ein Teilbetriebsübergang habe nicht vorgelegen. Ebenso wie für den Betriebsübergang sei nämlich **für den Teilbetriebsübergang erforderlich, dass eine wirtschaftliche Einheit unter Identitätswahrung übergehe**. Dazu müssten die übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmittel eine organisatorische Untergliederung bilden, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzweckes ein Teilzweck verfolgt werde, wobei allerdings unmaßgeblich sei, ob dieser Teilzweck nur eine untergeordnete Hilfsfunktion darstelle. Insoweit **setze ein Teilbetriebsübergang voraus**, dass die **übernommenen Betriebsmittel** bereits beim **früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils** hatten. Dies sei **hier nicht der Fall**. Speziell für den Verwaltungsbereich könne man nämlich nur die Qualität eines solchen Betriebsteils annehmen, wenn dessen sächliche oder immaterielle Betriebsmittel übertragen werden oder der nach der Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des dort beschäftigten Personals weiterbeschäftigt werde. Die bloße Wahrnehmung der gleichen Funktion beim Erwerber mit dessen eigenem Personal reiche demgegenüber für einen Teilbetriebsübergang nicht aus. **Zudem müsse** der entsprechende **Bereich bereits beim Veräußerer organisatorisch verselbständigt gewesen sein**. Letzteres habe die beweisbelastete Klägerin nicht dargelegt. Auch habe sie nichts zu der weiteren Voraussetzung vorgetragen, wonach die organisatorisch verselbständigte Einheit, welche beim Veräußerer bestand, **auch beim Erwerber als selbständiger Betriebsteil erhalten bleiben** müsse. Fehle es somit bereits an einem übertragungsfähigen Teilbetrieb, komme es nicht mehr darauf an, ob die unveränderte Fortführung der Aufgaben des Dienstleistungsvertrages durch die Beklagte zu 2. in denselben Räumlichkeiten mit gleichem Mobiliar und denselben Arbeitsgeräten erfolgt sei.

Der Senat hält für das Vorliegen eines Teilbetriebsübergangs für entscheidend, ob **im abgebenden Betrieb** bereits eine **organisatorisch verselbständigte Einheit** vorlag, die **beim Erwerber zudem als selbständiger Betriebsteil erhalten bleiben** müsse. Auf diese Merkmale muss in der Beratungspraxis folglich abgestellt werden.

Die Entscheidung bestätigt die bei Teilbetriebsübergängen bestehenden **Gestaltungsmöglichkeiten**. So können rechtzeitig Änderungen durchgeführt werden, die zur **Auflösung (teil-)betrieblicher Strukturen** führen. Im Anschluss läge keine übergangsfähige wirtschaftliche Teileinheit mehr vor. Ferner besteht die Möglichkeit, den **übernommenen Bereich** beim Erwerber **nicht als selbständigen Betriebsteil aufrechtzuerhalten**, sondern ihn in den Betrieb des Erwerbers aufgehen zu lassen. Letztlich steht auch die **sofortige Stilllegung des übernommenen Betriebsteils** durch den Erwerber der Anwendung des § 613a BGB entgegen (vgl. BAG ArbRB 2005, 101 (Braun)).

stefan.lunk@lw.com

#### • Gleichbehandlung nach Betriebsübergang

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 31. August 2005 (Az. 5 AZR 517/05) lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Bekanntlich **schlossen** sich fünf **Einzelgewerkschaften zur Gewerkschaft ver.di zusammen**, einem nicht rechtsfähigen Verein. Dabei löste man die vorhandenen Betriebsstrukturen der bisherigen Einzelgewerkschaften auf und schuf neue Betriebsstrukturen. Auf die Arbeitsverhältnisse wandte ver.di weiter die für die Einzelgewerkschaften seinerzeit geschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarungen an. Der **Kläger** erhielt vor diesem Hintergrund eine geringere Vergütung als ein **Gewerkschaftssekretär** mit gleichem Verantwortungsbereich, der zuvor bei einer anderen Einzelgewerkschaft beschäftigt war. Auch die wöchentliche Arbeitszeit war länger. Die seit der Gründung von ver.di aufgenommenen Verhandlungen über eine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen waren bei Einreichung der

Klage noch nicht abgeschlossen. Der Kläger **verlangte** von **ver.di Gleichbehandlung** auf der **Basis** der **besseren Konditionen** des **anderen Gewerkschaftssekretärs**.

Der **Kläger verlor** in allen Instanzen. Da mit der Verschmelzung die Identität der früheren Betriebe aufgelöst worden sei, folge aus § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB die individualrechtliche Fortgeltung der früheren Gesamtbetriebsvereinbarungen. Denn deren Ablösung durch eine andere kollektive Regelung im Sinne des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB sei noch nicht erfolgt. Die sich daraus ergebende **unterschiedliche Behandlung** der ansonsten von ver.di vergleichbar eingesetzten Gewerkschaftssekretäre sei somit **sachlich gerechtfertigt**. Der **Arbeitgeber vollziehe** nämlich nur die sich aus **§ 613a Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB** ergebenden Rechtsfolgen. Er selber habe keine darüber hinausgehenden eigenen Entscheidungen getroffen. Letztlich erteilt der 5. Senat auch Stimmen im Schrifttum eine Absage, wonach die unterschiedliche Behandlung jedenfalls im Laufe der Zeit ihren sachlichen Grund verlöre und somit zu einem Anpassungsanspruch der schlechter gestellten Arbeitnehmer führen könne (vgl. HWK/Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn. 247).

Mit dieser Entscheidung bestätigt das BAG seine Rechtsprechung. Danach **setzt** das **Berufen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz** eine **eigenständige Entscheidung** des **Arbeitgebers voraus**. Ist diese ausgeschlossen, etwa weil es lediglich zur Umsetzung gesetzlicher Vorgaben kommt, so liegt keine „Behandlung“ durch den Arbeitgeber vor, die Rechtsfolgen auslösen könnte. Der Senat schafft auch insoweit Klarheit, als er die **Aufrechterhaltung** einer **Ungleichbehandlung** auf der **Basis** bloßer **Anwendung gesetzlicher Vorgaben** ad infinitum zulässt. Zu einer Angleichung muss es also erst und auch nur dann kommen, wenn der Arbeitgeber selbst in Abkehr von den gesetzlich vorgegebenen Differenzierungskriterien eigene setzt, etwa eine neue Betriebsvereinbarung.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass der **Gleichbehandlungsgrundsatz nicht diejenige zum Erfolg verhelfende**

**Anspruchsgrundlage** ist, für die sie arbeitnehmerseitig häufig gehalten wird. Ist es hier das Fehlen einer eigenen Entscheidung des Arbeitgebers, so ist es in anderen Fällen ein sachliches Differenzierungskriterium, welches dem Gleichbehandlungsgrundsatz mit Erfolg entgegengehalten werden kann. So ist dem Arbeitgeber bspw. eine Differenzierung bei Sonderzuwendungen zwischen Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmern nicht verboten, wenn Angestellte stärker an das Unternehmen gebunden werden sollen, weil die in ihrer Gruppe benötigten Kenntnisse und Fähigkeiten auf dem Arbeitsmarkt nur schwer zu finden sind und sie in der Regel eine längere interne Ausbildung durchlaufen müssen (BAG 12.10.2005 – 10 AZR 640/04). Häufig wird auch übersehen, dass die Begünstigung einzelner Arbeitnehmer noch keine Anpassungsverpflichtung wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz rechtfertigt (BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 43/04, ArbRB 2005, 35 Anm. Ohle = BAGReport 2005, 140). Allein die Ungleichbehandlung führt also entgegen einer häufig verbreiteten Auffassung nicht zwingend zu einer Anpassung „nach oben“.

stefan.lunk@lw.com

## Kündigung und Beendigung

### • Kündigung wegen privater Internetnutzung

Auch wenn kein ausdrückliches Verbot zur privaten Internetnutzung besteht, **verletzt der Arbeitnehmer, wenn er das Internet zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit nutzt, seine arbeitsvertraglichen Pflichten**. Bei einer extensiven Nutzung kann sogar eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. Dies hat das BAG in seinem Urteil vom 7. Juli 2005 (Az. 2 AZR 581/04) ausgeführt. Mit diesem Urteil hat das BAG erstmals Grundsätze zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen privater Internetnutzung aufgestellt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die beklagte Arbeitgeberin hatte zu Beginn des Jahres 2002 das

Internet für ihren gesamten Betrieb – eine chemische Fabrik – freigeschaltet. Ob die private Internetnutzung, insbesondere der Zugriff auf Seiten pornografischen Inhalts, ausdrücklich verboten war, ist streitig. Der klagende Arbeitnehmer war Schichtführer mit einer Aufsichtsfunktion für verschiedene Anlagen. Nach seinem Vortrag existierten keine ausdrücklichen Anweisungen oder Verbote hinsichtlich der privaten Internetnutzung. Im November 2002 stellte die Beklagte durch ihren werkseigenen Ermittlungsdienst fest, dass der Kläger während eines Zeitraumes von knapp drei Monaten insgesamt 18 Stunden privat im Internet gesurft habe. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich, nachdem sie den Kläger angehört hatte. Der Kläger räumte im Prozess ein, das Internet – auch während seiner Arbeitszeit – privat genutzt und davon ca. 55 bis 70 Minuten auch auf Seiten pornographischen Inhalts zugegriffen zu haben.

Das BAG hat den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen. Denn es hielt – anders als die Vorinstanzen – den Sachverhalt an sich für geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Das BAG hat die Entscheidung dazu genutzt, **Rechtsgrundsätze für die Beurteilung der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz** aufzustellen. Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund könne nicht nur dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer durch die private Nutzung des Internets gegen ein **ausdrückliches Verbot seines Arbeitgebers** verstoßen hat oder die Nutzung in einem solchen **Ausmaß** erfolgte, dass der Arbeitnehmer nicht mehr annehmen könne, sie sei vom Einverständnis des Arbeitgebers gedeckt. Vielmehr hält das BAG auch andere internetbezogene Pflichtverletzungen an sich für geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Das BAG nennt insoweit das **Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme ("unbefugter download")**, weil eine Vireninfiltration oder andere Störung des betrieblichen Systems droht. Beim Surfen und Herunterladen von **Seiten mit porno-**

**grafischen oder strafbaren Inhalten** drohe eine **Rufschädigung des Arbeitgebers**. Auch hierin liege ein eigenständiger Verstoß, der an sich geeignet sei, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber prinzipiell eine private Nutzung des Internets dulde. Die **private Internetnutzung als solche, wiege umso schwerer, je extensiver der Arbeitnehmer das Internet nutzt**. Auch wenn kein ausdrückliches Verbot der privaten Internetnutzung besteht, diese vielmehr erlaubt oder geduldet ist, dürfe das Internet **grundsätzlich nur während der Pausen** privat genutzt werden. Denn der **Arbeitnehmer verletze** mit der privaten Internetnutzung **seine vertragliche Hauptleistungspflicht** und erhalte sein Arbeitsentgelt, ohne eine entsprechende Leistung zu erbringen. Jedem Arbeitnehmer müsse klar sein, dass er durch eine extensive Nutzung des Internets während der Arbeitszeit seine Hauptleistungspflicht erheblich verletzt. Das BAG hält eine Abmahnung in solchen Fällen extensiver Internetnutzung daher nicht für erforderlich. Im Entscheidungsfall hielt das BAG bereits die vom Kläger eingeräumte private Nutzung für geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Mit der Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass bei einer fehlenden ausdrücklichen Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers eine private Nutzung des Internets grundsätzlich nicht erlaubt ist. Nach dieser Entscheidung können sich Arbeitnehmer nicht mehr darauf berufen, sie hätten von dem privaten Nutzungsverbot keine Kenntnis gehabt. Für die Frage, ob eine **Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung sozial gerechtfertigt** ist, wird es auf den **zeitlichen Umfang der privaten Nutzung** ankommen. Das BAG scheint nach dem oben dargestellten Urteil auch in zeitlicher Hinsicht einen relativ strengen Maßstab anzulegen. Dies mag für viele Arbeitnehmer überraschend sein. Weniger überraschend dürfte sein, dass der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen kann, dass sein Arbeitgeber, der prinzipiell die private Internetnutzung duldet, auch damit einverstanden ist, dass er sich pornographische Inhalte herunterlädt.

Trotz des Urteils und der dadurch ggf. eröffneten Kündigungsmöglichkeiten für den Arbeitgeber sollte die Frage der privaten Internetnutzung in der Praxis durch klare betriebliche Nutzungsregelungen geregelt werden. Dies kann insbesondere durch eine Betriebsvereinbarung oder arbeitsvertraglich geschehen.

tina.witten@lw.com

- **Schriftformerfordernis und Missbrauchseinwand bei Aufhebungsverträgen**

Im Zuge einer Personalreduzierung hatte ein Unternehmen eine Sozialauswahl durchgeführt. Der spätere Kläger wurde zur Kündigung vorgesehen. Hiergegen wandte er sich schriftlich. Der Arbeitgeber blieb jedoch bei seiner Auffassung und überreichte dem Mitarbeiter einige Tage später ein **Beschäftigungsangebot** mit einer Transfergesellschaft (Beschäftigungsgesellschaft). Dieses Angebot sah eine **Aufhebung des Arbeitsverhältnisses** sowie unmittelbar anschließend die **Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Transfergesellschaft** vor. Der Arbeitgeber setzte eine Frist zur Unterzeichnung der dreiseitigen Verträge. Der Kläger wandte sich arbeitsgerichtlich gegen die durchgeführte Sozialauswahl und machte deren Rechtswidrigkeit geltend. Zeitgleich unterzeichnete er jedoch sowohl den Aufhebungsvertrag als auch den Arbeitsvertrag mit der Transfergesellschaft. **Beide Verträge übersandte** er zusammen mit seinem Vorbehalt über die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl **per Telefax an den Arbeitgeber** und die Beschäftigungsgesellschaft. **Die Übersendung der Originale unterließ der Arbeitnehmer.** Nachdem das ArbG die Klage abgewiesen hatte, machte der Kläger in der Berufungsinstanz erstmals den Einwand der mangelnden Schriftform geltend.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf gab dem Kläger mit Urteil vom 29. November 2005 (Az. 16 Sa 1030/05) Recht. Das **Arbeitsverhältnis sei mangels** Einhaltung der **Schriftform** (§§ 623 i.V.m. 125, 126 BGB) **nicht aufgehoben**. Zwar beruhe der Formmangel auf einem Ver-

halten des Klägers. Denn er war von der Beklagten anlässlich der Übersendung der Vertragsentwürfe aufgefordert worden, im Falle des Einverständnisses die Verträge eigenhändig zu unterschreiben und zurückzusenden. Dies habe der Kläger bewusst unterlassen, indem er nur die Fax-Kopien übersandt habe. Gleichwohl sei das **Verhalten des Klägers nicht vorwerfbar**. Denn er habe **von Anfang an zu erkennen gegeben**, mit der getroffenen Sozialauswahl und **dem Verlust seines Arbeitsplatzes nicht einverstanden** zu sein.

Die Entscheidung verdeutlicht neben der Bedeutung des Schriftformerfordernisses, dass man sich auf vermeintliche Verstöße des Vertragspartners gegen Treu und Glauben nicht verlassen sollte. Eine solche Argumentation führt nur in den seltensten Fällen zum Erfolg. Die **Rechtsprechung** hält das Berufen auf einen **Mangel der gesetzlichen Schriftform nur ausnahmsweise für unzulässig** i.S.d. § 242 BGB. Der Formmangel wird daher nur ausnahmsweise als unbeachtlich angesehen (BAG, Urt. v. 28.10.2003 – 2 AZR 659/03, ArbRB 2005, 68 (Marquardt) = BAGR 2005, 271). Erst wenn der Arbeitnehmer seine Beendigungsabsicht ungeachtet der nicht erfüllten Schriftform mit besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach zum Ausdruck bringt und damit einen besonderen Vertrauensstatbestand schafft, soll ihm ein Berufen auf die nicht eingehaltene Schriftform verwehrt sein (BAG, Urt. v. 4.12.1997 – 2 AZR 799/96).

stefan.lunk@lw.com

- **Tätlichkeit unter Arbeitnehmern als Kündigungsgrund und Betriebsratsanhörung**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte mit seinem Urteil vom 6. Oktober 2005 (Az. 2 AZR 280/04) zum einen darüber zu entscheiden, ob eine Tätlichkeit unter Arbeitnehmern eine verhaltensbedingte Kündigung auch ohne Abmahnung rechtfertigen kann. Zum anderen ging es um die Anforderungen einer Betriebsratsanhörung bei einer solchen Kündigung.

In dem zu entscheidenden Fall ohrfeigte der Kläger die Zeugin, eine Arbeitskollegin, nach Ablehnung eines Bonbons. Die Beklagte informierte den Personalausschuss des Betriebsrats über die Kündigungsgründe und datierte die Vorfälle darin auf den 27. Februar 2003. Erst durch die Aussage der Zeugin stellte sich im Prozess heraus, dass sich der Vorfall am letzten Arbeitstag vor Weihnachten 2002 ereignet hatte.

Nach Auffassung des BAG ist eine **Ohrfeige** unzweifelhaft ein **tätlicher Angriff** auf eine Arbeitskollegin. Ein tätlicher Angriff auf eine Arbeitskollegin stelle eine **schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme** auf die Rechte und Interessen des anderen Arbeitnehmers dar und sei ein ausreichender Grund - zumindest - für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung. Der Arbeitgeber sei nämlich seinerseits nicht nur allen Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass sie keinen Tätlichkeiten ausgesetzt seien. Er habe auch ein eigenes Interesse daran, dass die betriebliche Zusammenarbeit nicht durch tätliche Auseinandersetzungen beeinträchtigt werde und Mitarbeiter verletzt werden und ggf. ausfallen. Ferner könne der Arbeitgeber auch berücksichtigen, wie sich ein solches Verhalten auf die übrigen Arbeitnehmer und den Betrieb auswirke, insbesondere wenn er keine personellen Maßnahmen ergreifen würde.

Bei **Tätlichkeiten unter Arbeitskollegen** bedarf es nach dem BAG **vor Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich keiner Abmahnung**. Der Arbeitnehmer müsse in einem solchen Fall von vornherein wissen, dass der Arbeitgeber ein derartiges Fehlverhalten nicht dulde. Die verhaltensbedingte Kündigung scheitere schließlich nicht daran, dass der Kläger auf einen anderen freien Arbeitsplatz - ggf. zu geänderten Arbeitsbedingungen - hätte umgesetzt werden können (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Zwar seien Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten auch bei verhaltensbedingten Kündigungen zu prüfen. Eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz müsse dem Arbeitgeber aber auch möglich und

zumutbar sein. Im Falle einer erheblich verschuldeten Vertragspflichtverletzung wie einer Tätlichkeit sei eine **Versetzung bzw. Umsetzung dem Arbeitgeber jedoch nicht zumutbar**. Denn der Kläger habe mit Anwendung von körperlicher Gewalt eine eindeutig einzuhaltende Grenze überschritten und die Beklagte sei verpflichtet gewesen, gegenüber ihren Mitarbeitern ihrer Schutzpflicht nachzukommen. Auch für die vom Berufungsgesicht durchgeführte Interessenabwägung erkennt das BAG keine Beurteilungsfehler.

Schließlich sei ein **Anhörungsfehler nicht erkennbar**. Der maßgebende Kündigungssachverhalt ändere sich im Kern nicht entscheidend, wenn sich der Vorfall nicht - wie zunächst dem Personalausschuss mitgeteilt - im Februar, sondern am letzten Tag vor den Weihnachtsferien ereignet habe. Es handele sich um den gleichen Lebenssachverhalt. Da es nicht um Fragen einer Ausschlussfrist gehe, sei es **für die Beurteilung des Kündigungssachverhalts durch den Betriebsrat nicht erheblich, ob dieser zeitnahe Vorfall sich unmittelbar vor der Information des Betriebsrats oder einige Zeit vorher ereignet habe**. Entscheidend sei allein, dass der Arbeitgeber von der Zeugin erst zeitnah über den Vorfall informiert worden war. Damit handele es sich auch nicht um einen "anderen" Kündigungsvorwurf, der zwingend eine erneute Anhörung des Betriebsrats zur Folge gehabt hätte, sondern lediglich um eine Konkretisierung des streitigen Kündigungssachverhalts. Die Beklagte habe somit keinen unzulässigen neuen Kündigungssachverhalt und -vorwurf nachgeschoben, sondern habe allein das Datum des Vorfalls präzisiert, nachdem ihr nunmehr andere, neue Informationen zugegangen waren. **Habe die Tatsache vorliegend nicht zu einer wesentlichen Veränderung, sondern lediglich zu einer Konkretisierung des Kündigungssachverhalts geführt, bedurfte es keiner erneuten Beteiligung des Betriebsrats**.

volker.vogt@lw.com

## Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung

### • Einsichtnahme in die Wahlakten der Betriebsratswahl

Gemäß § 19 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung – WO) ist jeder Betriebsrat verpflichtet, die Wahlakten mindestens bis zur Beendigung seiner Amtszeit aufzubewahren. In der Literatur ist **teilweise umstritten, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ein Arbeitgeber einen Anspruch auf Einsichtnahme in die Wahlakten des Betriebsrats hat**. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte in seinem Beschluss vom 27. Juli 2005 (Az. 7 ABR 54/04) Gelegenheit, zu diesem Problemkreis grundsätzlich Stellung zu beziehen.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: In dem von den Antragsstellerinnen geführten gemeinsamen Betrieb fand im April 2002 eine Betriebsratswahl statt. Mehrere Monate nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses baten sie den gewählten Betriebsrat, ihnen Einsicht in die Wahlunterlagen zu gewähren. Nachdem der Betriebsrat dies abgelehnt hatte, leiteten sie im Dezember 2003 ein Beschlussverfahren ein und beantragten, den Betriebsrat zu verpflichten, ihnen Einsicht in die von ihm verwahrten Wahlakten zur Betriebsratswahl vom April 2002 zu gewähren. Das BAG hat die Rechtsbeschwerde der Antragsstellerinnen zurückgewiesen. Dies geschah nicht aufgrund der Ablehnung eines Einsichtnahmerechts. Es war vielmehr der von der Arbeitgeberseite zu weit gefasste Antrag, der zu dieser Entscheidung geführt hat.

Ein Anspruch auf Einsichtnahme in die Wahlakten einer Betriebsratswahl ist weder im Betriebsverfassungsgesetz noch in der Wahlordnung ausdrücklich geregelt. Jedoch **ergibt sich aus § 19 WO grundsätzlich ein Anspruch des Arbeitgebers auf Einsichtnahme in die Wahlakten**. Denn durch die Aufbewahrungspflicht soll erreicht werden, dass auch noch nach Abschluss der Betriebsratswahl vom Inhalt der Wahlakten Kenntnis genommen werden kann, um die Ordnungsmäßigkeit der Betriebsratswahl überprüfen

zu können. Diese Befugnis steht nicht nur dem Betriebsrat zu, der die Wahlakten aufzubewahren hat und dessen Mitglieder deshalb jederzeit ohne weiteres die Möglichkeit haben, die Wahlakten einzusehen. Aus dem Zweck der Aufbewahrungspflicht ergibt sich vielmehr ein berechtigtes Interesse derjenigen an der Einsichtnahme in die Wahlakten, für die die Gültigkeit der Betriebsratswahl von Bedeutung ist. Das sind diejenigen Personen und Stellen, die nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG berechtigt sind, die Betriebsratswahl anzufechten, also auch der Arbeitgeber.

### **Das BAG hat hervorgehoben, dass das Recht des Arbeitgebers auf Einsichtnahme nicht nur während der Dauer der Anfechtungsfrist oder während eines etwaigen Wahlanfechtungsverfahrens besteht.**

Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt, dass das zeitlich unbeschränkte Einsichtsrecht zum einen darauf beruht, dass eine Betriebsratswahl unter besonderen Voraussetzungen auch nichtig sein und dies jederzeit auch außerhalb der Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG geltend gemacht werden kann, und andererseits die Lektüre der Wahlakten und die dadurch erlangte Kenntnis von etwaigen Verstößen gegen Wahlvorschriften auch dazu dient, derartigen Fehlern bei der nächsten Betriebsratswahl vorzubeugen, um eine spätere Wahlanfechtung zu vermeiden. Ferner hat das BAG ausgeführt, dass das berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der Einsichtnahme in die Wahlakten unabhängig davon gilt, ob er die Wahl selbst angefochten hat oder ob sonstige Anfechtungsberechtigte ein Wahlanfechtungsverfahren eingeleitet haben.

### **Dem uneingeschränkten Recht des Arbeitgebers auf Einsichtnahme in die Wahlakten sind nach Auffassung des BAG jedoch Grenzen gesetzt.**

Es gilt nicht für Bestandteile der Wahlakten, aus denen Rückschlüsse auf das Wahlverhalten einzelner Arbeitnehmer gezogen werden können. Vor diesem Hintergrund ist die Einsichtnahme nach Auffassung des BAG auch nur in solche Unterlagen zulässig, die zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit einer Wahl erforderlich sind, was der

Arbeitgeber im Rahmen eines Beschlussverfahrens darzulegen hat.

Weil die Wahlakten einer Betriebsratswahl nicht nur Unterlagen enthalten, die bereits während der Wahl oder deren Vorbereitung im Betrieb öffentlich zugänglich waren, beispielsweise Wählerlisten, Wahlausschreiben und Wahlvorschläge, sondern auch **Schriftstücke, die Rückschlüsse auf die Stimmabgabe der Wahlberechtigten zulassen**, oder an den Wahlvorstand gerichtete Schreiben einzelner Wahlberechtigter, **muss nach Auffassung des BAG die Einsichtnahme des Arbeitgebers in die vorhandenen Unterlagen beschränkt werden. Zur Begründung hat es insbesondere hervorgehoben, dass nach dem Grundsatz der geheimen Wahl, der nach § 14 Abs. 1 BetrVG auch für die Betriebsratswahl gilt, die Stimmabgabe eines Wählers keinem anderen bekannt gemacht werden darf. Ferner hat es ausgeführt, dass der Grundsatz der geheimen Wahl nicht nur für den eigentlichen Wahlakt, sondern auch für die Wahlvorbereitung gilt.** Da dieser auch nach der Beendigung der Wahl gegenüber Auskunftsverlangen über die Stimmabgabe wirkt, besitzen die wahlberechtigten Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse an der möglichst vertraulichen Behandlung aller Unterlagen, die Rückschlüsse auf die Stimmabgabe zulassen. **Die Einsichtnahme des Arbeitgebers in vertrauliche Unterlagen ist nach Auffassung des BAG nur dann zulässig, wenn die Einsichtnahme gerade in diese Schriftstücke zur Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Wahl notwendig ist.** Dass dies der Arbeitgeber darzulegen hat, steht außer Zweifel.

Unter Berücksichtigung der vorstehend aufgeführten vom BAG entwickelten Grundsätze muss daher für den Fall, dass die Einsichtnahme in Wahlunterlagen gefordert wird, jeweils im Einzelfall geprüft werden, hinsichtlich welcher Unterlagen ein Einsichtnahmerecht besteht. Die globale Forderung eines Arbeitgebers, ihm Einsicht in sämtliche Wahlunterlagen zu gewähren, wird unter Berücksichtigung der vorstehend erörterten Entscheidung des BAG in der Regel unbegründet sein.

peter.markl@lw.com

#### • Betriebsratsanhörung bei verabredeter Kündigung

Mit einer in der Praxis häufig vorkommenden Konstellation im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses hatte sich jüngst das Bundesarbeitsgericht (BAG) auseinander zu setzen.

Um Nachteile bei dem Bezug von Arbeitslosengeld – wie z.B. der Verhängung einer Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe (§ 144 I 2 Nr. 1 SGB III) – zu vermeiden, werden häufig anstelle von Aufhebungsverträgen sog. Abwicklungsverträge geschlossen, denen eine Kündigung vorgeschaltet ist. Hierbei wird wiederum unterschieden zwischen „echten“ und „unechten“ Abwicklungsverträgen. Die zuerst genannte Variante zeichnet sich dadurch aus, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer zuvor **nicht abgesprochenen Kündigung** auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigen; als „unechten“ Abwicklungsvertrag bezeichnet man diejenige Gestaltung, bei der der Ausspruch einer Kündigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer **abgesprochen** war.

Ein der letzten Kategorie zugehöriger Fall lag nun der Entscheidung des BAG vom 26. Juni 2005 (Az. 1 ABR 25/04) zugrunde: Dort verständigten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem „Personalgespräch“ darüber, dass eine Kündigung durch den Arbeitgeber und anschließend der Abschluss einer Abwicklungsvereinbarung erfolgen solle. Auch diese Variante war ausschließlich sozialversicherungsrechtlich motiviert; ging es den Parteien doch darum, sozialversicherungsrechtliche Nachteile – wenn möglich – zu vermeiden.

Das BAG stellte in seinem jüngst veröffentlichten Beschluss klar, dass eine vor diesem Hintergrund ausgesprochene Kündigung **kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB** darstellt und der **Betriebsrat vor Ausspruch einer solchen mündlich verabredeten Kündigung gemäß § 102 BetrVG ordnungsgemäß zu hören** ist. Denn bei einem Scheingeschäft wollen die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts (vorliegend also einer Kündigung) hervorrufen, und in Wirklichkeit sollen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft

verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten. Hiervon könne bei der vorliegenden Fallkonstellation, so das BAG, aber keine Rede sein, da die Parteien den tatsächlich beabsichtigten Erfolg – also die Vertragsbeendigung – gerade herbeiführen wollen.

Für die Praxis wird man sich (weiterhin) darauf einzustellen haben, dass nur der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, also die vertragliche Beendigung ohne vorgeschaltete Kündigung, nicht der betriebsrätlichen Beteiligungspflicht nach § 102 BetrVG unterliegt. In Ansehung der BAG-Entscheidung ist es erforderlich, auch in den Fällen, in denen sich die Arbeitsvertragsparteien einig sind, dass das Arbeitsverhältnis letztendlich enden soll und eine Kündigung zur Vermeidung sozialversicherungsrechtlicher Nachteile pro forma nur „dazwischen geschoben“ wird, den Betriebsrat gleichwohl vorher ordnungsgemäß zur beabsichtigten Kündigung gemäß § 102 BetrVG anzuhören – selbst wenn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und wohl überwiegender Auffassung in der Literatur nicht in Frage stehen dürfte, dass mit Abschluss auch eines unechten Abwicklungsvertrages das Ende des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt wird. Die Einschränkung „dürfte“ ist aber deshalb geboten, weil nach Auffassung unterinstanzlicher Rechtsprechung ein Abwicklungsvertrag, der auf eine unwirksame Kündigung Bezug nimmt, ins Leere geht.

mathias.preuss@lw.com

- **Keine geborenen Mitglieder in Ausschüssen des Betriebsrates nach § 28 Abs. 1 BetrVG**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte in seinem Beschluss vom 16. November 2005 (Az. 7 ABR 11/05) über die Wirksamkeit einer Wahl zu einem **Betriebsratsausschuss gemäß § 28 Abs. 1 BetrVG** zu entscheiden.

In der Geschäftsordnung des betroffenen Betriebsrates war vorgesehen, dass der Betriebsratsvorsitzende und sein Stellvertreter geborene Mitglieder von Ausschüs-

sen des Betriebsrates nach § 28 Abs. 1 BetrVG sind. Um auf die in der Geschäftsordnung festgelegte Gesamtzahl von fünf Ausschussmitgliedern zu kommen, wurden dementsprechend nur drei weitere und nicht fünf Mitglieder in den Ausschuss „Betriebszentrale und Arbeitszeit“ gewählt. Gegen die Wirksamkeit dieser Wahl wandten sich drei bei der Wahl unterlegene Betriebsratsmitglieder, die Mitglieder einer Minderheitenkoalition im Betriebsrat waren.

Hinsichtlich der **Antragsbefugnis der Betriebsratsmitglieder** bezog sich das BAG auf eine entsprechende Anwendung des **§ 19 BetrVG** auf betriebsratsinterne Wahlen (BAG, Beschluss vom 13. November 1991, 7 ABR 18/91, AP Nr. 3 zu § 27 BetrVG 1972). Nach § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG sind zur Anfechtung einer Betriebsratswahl zwar nur mindestens drei Wahlberechtigte, eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft und der Arbeitgeber befugt. Bei einer entsprechenden Anwendung des § 19 BetrVG auf betriebsratsinterne Wahlen tritt aber an die Stelle der Anfechtungsbefugnis von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern die Anfechtungsbefugnis eines einzelnen Betriebsratsmitglieds. Dieses muss nur geltend machen, in seiner Rechtsstellung als Betriebsratsmitglied oder als Mitglied einer Schutz genießenden Minderheit verletzt zu sein (BAG, Beschluss vom 15. August 2001, 7 ABR 2/99, AP Nr. 5 zu § 47 BetrVG 1972; BAG, Beschluss vom 21. Juli 2004, 7 ABR 62/03, NZA 2005, 173). Vorliegend war dies der Fall: Die antragstellenden Betriebsratsmitglieder machten die Verletzung ihrer Mitgliedschaftsrechte in einem Betriebsausschuss wie auch die Verletzung von Minderheitenrechten ihrer Koalition bei der Wahl geltend.

Zur Begründetheit führte das BAG aus, dass die Wahl gegen **§ 28 Abs. 1 S. 2 BetrVG i. V. m. § 27 Abs. 1 S. 3 bis 5 BetrVG** verstößt.

**§ 27 BetrVG** regelt die Wahl und die Aufgaben eines **Betriebsausschusses**, der die laufenden Geschäfte des Betriebsrates führt, wenn dieser neun oder mehr Mitglieder hat. **§ 28 BetrVG** befasst sich mit der Bildung von **Betriebsratsausschüssen**, denen in Betrieben mit mehr als 100

Arbeitnehmern bestimmte Aufgaben des Betriebsrates übertragen werden können.

Für die Wahl der Ausschussmitglieder erklärt § 28 Abs. 1 S. 2 BetrVG explizit § 27 Abs. 1 S. 3 bis 5 BetrVG für entsprechend anwendbar. Diese Verweisung beinhaltet aber nicht § 27 Abs. 1 S. 2 BetrVG, der für den Betriebsausschuss die Zahl der Mitglieder festlegt und den Betriebsratsvorsitzenden und seinen Stellvertreter zu geborenen Mitgliedern des Betriebsausschusses erklärt. Die **fehlende Bezugnahme** macht nach dem BAG vielmehr deutlich, dass **alle Mitglieder der betriebsratsinternen Ausschüsse vom Betriebsrat zu wählen** sind.

Eine Geschäftsordnung könne nicht davon abweichend geborene Mitglieder festlegen. Denn die Vorschriften im BetrVG über die Berufung der Mitglieder von Ausschüssen des Betriebsrates seien **zwingend**.

Dies zeigen zum einen der **eindeutige Wortlaut** des § 27 Abs. 1 S. 2 BetrVG, der nicht auf § 28 Abs. 1 S. 2 BetrVG verweise, und die Regelung des **§ 36 BetrVG**, nach der nur „sonstige“ Bestimmungen Inhalt einer Geschäftsordnung sein können. Die Geschäftsordnung dürfe demnach **nur ergänzende Bestimmungen** treffen, nicht aber von den gesetzlichen Vorgaben zur Geschäftsführung des Betriebsrates abweichen.

Zum anderen werde über die Wahl der Ausschussmitglieder nach den Grundsätzen des § 27 Abs. 1 S. 3 bis 5 BetrVG die **Beteiligung der Minderheitenkoalitionen in einem Ausschuss** nach § 28 Abs. 1 BetrVG sichergestellt. Die Grundsätze der in § 27 Abs. 1 S. 3 BetrVG normierten **Verhältniswahl** gewährleisteten, dass die Sitzverteilung in dem zu wählenden Gremium in möglichst genauer Übereinstimmung mit dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis der um die Sitze kandidierenden Koalitionen stehe. Dieser Mindestschutz wäre nicht mehr gewährleistet, wenn in einer Geschäftsordnung des Betriebsrates geborene Mitglieder für betriebsratsinterne Ausschüsse bestimmt werden könnten. Denn die Geschäftsordnung wird vom Betriebsrat durch die Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder

beschlossen (§ 36 BetrVG), so dass eine Mehrheitskoalition dann die Möglichkeit hätte, nach ihrem Belieben die Mitglieder der betriebsratsinternen Ausschüsse in der Geschäftsordnung zu bestimmen. Im Einzelfall könnten sogar sämtliche Ausschussmitglieder durch die Geschäftsordnung bestimmt werden.

Dementsprechend wurde vom BAG festgestellt, dass die durchgeführte Wahl unwirksam ist.

jan.hochtritt@lw.com

- **Internetzugang für den Betriebsrat nicht erforderlich**

In seinem Beschluss vom 15. Juli 2005 (Az. 10 TaBV 2/05) hatte sich das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm mit der Frage zu beschäftigen, ob einem Betriebsrat ein Internetzugang als erforderliche Informations- und Kommunikationstechnik im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen ist.

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Arbeitgeberin betreibt zahlreiche Bau- und Gartenmärkte. Der Betriebsrat einer dieser Niederlassungen verfügt über einen PC und verlangt dessen Anschluss an das Internet. Der PC verfügt bereits über einen Netzwerkanschluss, der es dem Betriebsrat ermöglicht, das unternehmensweite Intranet zu nutzen sowie Mails zu versenden und zu empfangen. In der betroffenen Niederlassung mit ca. 90 Mitarbeitern verfügen nur der Marktleiter und sein Stellvertreter über einen Internetanschluss mit einer Flatrate.

Im Ergebnis lehnte das LAG Hamm den Anspruch auf Bereitstellung eines Internetanschlusses für den Betriebsrat ab.

Das LAG Hamm geht bei seiner Entscheidung von der grundlegenden **Definition der Erforderlichkeit** nach § 40 Abs. 2 BetrVG aus: Danach steht dem Betriebsrat bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ein **Beurteilungsspielraum** zu. Die arbeitsgerichtliche Kontrolle dieser Beurteilung durch den Betriebsrat

beschränkt sich darauf, ob das Sachmittel der Erledigung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrates dient und ob die Interessen der Belegschaft und des Arbeitgebers angemessen berücksichtigt sind. Der Betriebsrat darf seine Beurteilung nicht allein an seinem subjektiven Bedürfnis ausrichten. Vielmehr wird von ihm verlangt, dass er bei seiner Entscheidungsfindung die **betrieblichen Verhältnisse** und die sich ihm stellenden Aufgaben berücksichtigt. Dabei hat er die Interessen der Belegschaft an einer **sachgerechten Ausübung** des Betriebsratsamtes und **berechtigte Interessen des Arbeitgebers**, auch soweit sie auf eine Begrenzung seiner Kostentragungspflicht gerichtet sind, gegeneinander abzuwägen (vgl. BAG 3. September 2003, Az. 7 ABR 8/03, NZA 2004, 280; BAG 11. November 1998, Az. 7 ABR 57/97, NZA 1999, 945).

Das LAG Hamm verneinte unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraumes des Betriebsrates die Erforderlichkeit eines Internetanschlusses.

Zunächst könne sich der Betriebsrat zur Begründung der Erforderlichkeit nicht auf eine **betriebsübliche Nutzung des Internets** berufen. Denn nur der Marktleiter und sein Stellvertreter verfügen über einen Internetanschluss. Die fortschreitende technische Entwicklung ist im Rahmen des § 40 Abs. 2 BetrVG aber nur dann von Bedeutung, wenn sie sich in den konkreten betrieblichen Verhältnissen niederschlagen hat (BAG 3. September 2003, a.a.O.).

Des Weiteren trennt das LAG Hamm bei der Prüfung der Erforderlichkeit für die Betriebsratsstätigkeit das Internet in seine beiden Komponenten **Kommunikation** und **Information** auf und folgt damit dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 BetrVG, der von „Informations- und Kommunikationstechnik“ spricht.

Aufgrund des vorhandenen unternehmensweiten Intranets und der Möglichkeit, auf diesem Wege Mails verschicken und empfangen zu können, sei das Internet **für die schnelle Kommunikation nicht erforderlich**.

Hinsichtlich der Informationskomponente räumt das LAG Hamm zwar ein, dass das Internet geeignet sei, dem Betriebsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Informationen zu vermitteln. Für die Erforderlichkeit eines Sachmittels genüge es aber nicht, dass durch seinen Einsatz die Geschäftsführung des Betriebsrates lediglich erleichtert werde bzw. sich rationaler gestalten lasse. Erforderlichkeit im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG verlange **mehr als bloße Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit**. Inwieweit die tägliche, normale Betriebsratsarbeit einen Internetanschluss erfordere, sei vom Betriebsrat darzulegen. Selbst wenn die anerkannten Ansprüche auf das Zurverfügungstellen eines aktuellen Standardkommentars zum Betriebsverfassungsgesetz und auf einschlägige Fachliteratur sowie eine Fachzeitschrift nicht erfüllt worden seien, führe dies nicht automatisch dazu, dass ein Anspruch auf einen Zugang zum Internet bestehe. Zwar möge die schnelle Verfügbarkeit der Informationen aus dem Internet, insbesondere die aktuelle Unterrichtung über die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung **für Gerichte und Fachanwälte für Arbeitsrecht bedeutsam** sein. Inwieweit sie aber auch für den Betriebsrat des vorliegenden Verfahrens erforderlich seien, damit dieser seine Aufgaben ordnungsgemäß erledigen könne, ist vom Betriebsrat nicht substantiiert dargelegt worden. Insbesondere fehle es an Darlegungen, inwieweit ein **allgemeiner, unbeschränkter Internetzugriff** für den Betriebsrat erforderlich sei.

Gegen den Beschluss wurde unter dem Az. 7 ABR 55/05 Rechtsbeschwerde zum BAG eingelegt. Dies bietet dem BAG die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zur Erforderlichkeit von Internetzugängen für Betriebsräte zu konkretisieren. In seiner Entscheidung vom 3. September 2003 hob das BAG zwar explizit hervor, dass auf eine Prüfung der Erforderlichkeit nicht verzichtet werden dürfe. Im Rahmen der Prüfung stellte es dann aber lediglich auf das Ausstattungsniveau des Arbeitgebers und die Kosten für den Arbeitgeber ab. Durch die Entscheidung des LAG Hamm wird das BAG nun auf die Bedeutung weiterer Aspekte, wie die Existenz eines

unternehmensweites Intranets zwecks Kommunikation und die exakte Abgrenzung zwischen Erforderlichkeit und bloßer Nützlichkeit eingehen müssen.

jan.hochtritt@lw.com

### III. Kurzinformationen

- **Ausdrückliche vorbehaltlose Ablehnung eines Änderungsangebots vor Ausspruch der Beendigungskündigung**

Mit Urteil vom 21. April 2005 (Az. 2 AZR 244/04) hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) erneut mit der Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Beendigungs- anstelle einer Änderungskündigung auseinander zu setzen. Es stellte fest, dass der Arbeitgeber wegen des **ultima ratio**-Prinzips der Beendigungskündigung **auch dann eine Änderungskündigung gegenüber dem Arbeitnehmer auszusprechen habe, wenn der Arbeitnehmer eine zuvor angebotene Abänderung seines Arbeitsvertrags abgelehnt hat.**

**Das Urteil ist von erheblicher praktischer Relevanz.** Denn nicht selten bietet der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer vor betriebsbedingter Kündigung im Gespräch einen Arbeitsplatz an, den dieser ablehnt, etwa wegen „Unzumutbarkeit“. Häufig werden derlei andere Arbeitsplätze und die Ablehnung des Arbeitnehmers sogar mit dem Betriebsrat erörtert. Bei der nachfolgenden Kündigung geht der Arbeitgeber sodann davon aus, dass der bereits angebotene Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer nicht mehr in Betracht kommt. Entsprechend „reduziert“ der Arbeitgeber regelmäßig seine Ausführungen hinsichtlich der in Betracht kommenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei der Betriebsratsanhörung. Zudem bietet er dem Arbeitnehmer den anderen Arbeitsplatz nicht mehr ordnungsgemäß im Rahmen einer Änderungskündigung an. Die Kündigung ist dann entweder wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam oder aber jedenfalls sozial ungerechtfertigt. **Denn in solchen Fällen liegen regelmäßig die für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung des Arbeit-**

**nehmers erforderlichen Voraussetzungen nicht vor.**

Nach den durch dieses Urteil bestätigten Grundsätzen des BAG muss der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer **eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis beenden werde, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehne.** Dabei muss das **Änderungsangebot** selbst unmissverständlich und vollständig die **neuen Vertragsbedingungen** entsprechend den Grundsätzen der BAG-Rechtsprechung zum Ausdruck bringen. Hieran fehlt es meistens. Aber selbst wenn das Änderungsangebot im Einzelnen hinreichend bestimmt ist und dem Arbeitnehmer klar gemacht wurde, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stehe, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine **Überlegungsfrist von einer Woche** einräumen. Die Einräumung einer Überlegungsfrist diene dem Schutze des Arbeitnehmers vor übereilten Entscheidungen. Auch hieran fehlt es zumeist bei mündlich unterbreiteten Änderungsangeboten.

norma.studt@lw.com

- **AGB-Kontrolle schützt nicht den Verwender einer Formarklausel**

Formulararbeitsverträge unterliegen der sog. AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die Inhaltskontrolle von Formarklauseln schützt den Vertragspartner vor einer unangemessenen Benachteiligung durch den Formularsteller. Denn **Klauseln, die gegen §§ 305 ff. BGB verstoßen, sind unwirksam.** Allerdings war das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 27. Oktober 2005 (Az. 8 AZR 3/05) der Auffassung, dass die Inhaltskontrolle nur einen **Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Verwender** bezwecke, nicht aber dem Schutz des Klauselverwenders vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen diene. Sind daher etwa, wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, nach einer Formarklausel im Arbeitsvertrag Schadensersatzansprüche des Arbeit-

gebers gegen den Arbeitnehmer verfallen, so bedürfe es keiner Inhaltskontrolle auf Wirksamkeit der Klausel.

Das Urteil verdient insofern Beachtung, als es dem Arbeitgeber den Rückgriff auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit von ihm verwendeter Arbeitsvertragsklauseln verbietet. Ein solcher Rückgriff liegt nicht nur nahe, wenn wie hier Verfallfristen versäumt wurden, die Verfallklausel aber möglicherweise unwirksam ausgestaltet war. Häufig wird der Arbeitgeber auch mit seinen eigenen weiten Versetzungsklauseln in Kündigungsschutzstreitigkeiten konfrontiert. Denn je weiter das Direktionsrecht vorbehalten wurde, desto weiter ist auch die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen zu fassen. Berufet sich ein Arbeitnehmer darauf, kann der Arbeitgeber dem BAG zufolge mit dem Einwand, dass die weite Versetzungsklausel unter AGB-Kontrollgesichtspunkten unwirksam ist, nicht gehört werden.

norma.studt@lw.com

#### • **Schriftform bei Zweckbefristung**

Bekanntlich bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages gemäß § 14 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die Befristung kann entweder kalendermäßig bestimmt sein. Dann ist das Laufzeitende kalendarisch festgelegt oder ermittelbar (z.B. „bis zum 31.8.2006“ oder „für ein Jahr“). Oder die Befristung ist an der Erreichung eines bestimmten Zwecks ausgerichtet. Dann ergibt sich das Befristungsende gerade aus der Art, dem Zweck oder der Beschaffenheit der Arbeitsleistung. Dies ist z.B. der Fall bei Krankheitsvertretungen. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses soll von dem Eintritt eines zukünftigen und als gewiss angesehenen Ereignisses abhängen, nämlich der Rückkehr des Vertretenen. Allerdings ist der Zeitpunkt bei Vertragsschluss noch ungewiss.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) bestätigte mit Urteil vom 21. Dezember 2005 (Az. 7 AZR 541/04) die **Reichweite der Schriftform bei solchen Zweckbefri-**

**stungen.** Zwar bezieht sich die Schriftform nur auf die vereinbarte Befristung, nicht auf den Befristungsgrund und den übrigen Inhalt des Arbeitsvertrags. Eine wirksame Zweckbefristung setze aber, so das BAG, voraus, dass der **konkrete Zweck, mit dessen Erreichung das Arbeitsverhältnis enden soll, genau bezeichnet ist.** Es müsse zweifelsfrei feststellbar sein, bei Eintritt welchen Ereignisses das Arbeitsverhältnis enden soll. Dazu sei auch der **Zweck des Arbeitsvertrags schriftlich niederzulegen.** Die dem zu entscheidenden Fall zugrunde liegende Vereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis „bis zur Erreichung des Zweckes“ befristet sein sollte, was „aus heutiger Sicht spätestens zum 30.06.2004 der Fall sein“ werde, war danach wegen Verstoßes gegen die Schriftform der Befristung unwirksam.

norma.studt@lw.com

#### • **Wochenfeiertage bei einem dienstfreien Tag pro Woche**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) beschäftigte sich in seinem Urteil vom 22. September 2005 (Az. 6 AZR 579/04) mit der Frage, ob Musikern, denen gemäß Tarifvertrag je Kalenderwoche ein dienstfreier Tag zusteht, ein weiterer freier Tag bei Wochenfeiertagen zu gewähren ist. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Musiker an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt worden. Er war der Auffassung, hierfür einen Ersatzruhetag beanspruchen zu können. Denn zusätzlich zur tariflichen Regelung, wonach ihm ein dienstfreier Tag pro Woche zustehe, sei § 11 Abs. 3 Satz 2 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) heranzuziehen. Danach muss Arbeitnehmern, die an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt werden, innerhalb von acht Wochen ein Ersatzruhetag gewährt werden.

Das BAG lehnte den Anspruch des Musikers ab. Im Wege der Auslegung kam es zu dem Ergebnis, die Tarifvertragsparteien hätten in zulässiger Abweichung von der gesetzlichen Regelung zur Feiertagsbeschäftigung eine **abschließende Bestimmung** dahingehend ge-

treffen, dass **ein Tag je Kalenderwoche dienstfrei** sei. Damit sei **zugleich ausgeschlossen**, dass für Kalenderwochen, in die ein Wochenfeiertag fällt, **zwei dienstfreie Tage** zu gewähren sind. Die Existenz von Wochenfeiertagen sei den Tarifvertragsparteien bekannt gewesen. Da die Diensteinteilung unabhängig von einer Unterscheidung zwischen Werktagen einerseits und Sonn- und Feiertagen andererseits erfolge, sollte, so das BAG, nach dem erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien allen Musikern **einheitlich ein freier Tag** zustehen und nicht denjenigen, die (zufällig) an einem Wochenfeiertag Dienst haben, ein weiterer.

norma.studt@lw.com

Brüssel  
Chicago  
Frankfurt  
Hamburg  
Hongkong  
London  
Los Angeles  
Mailand  
Moskau  
München  
New Jersey  
New York  
Northern Virginia  
Orange County  
Paris  
San Diego  
San Francisco  
Shanghai  
Silicon Valley  
Singapur  
Tokio  
Washington, D.C.

**Arbeitsrecht Aktuell** wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierungen Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite [www.lw.com/resource/globalcontacts](http://www.lw.com/resource/globalcontacts) für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

**Dr. Stefan Lunk**  
stefan.lunk@lw.com

**Peter Markl**  
peter.markl@lw.com

**Claudia Heins**  
claudia.heins@lw.com

**Dr. Mathias Preuss**  
mathias.preuss@lw.com

**Dr. Berenice Möller**  
berenice.moeller@lw.com

**Dr. Norma Studt**  
norma.studt@lw.com

**Dr. Volker Vogt**  
volker.vogt@lw.com

**Dr. Tina Witten**  
tina.witten@lw.com

**Jan Oliver Hochtritt**  
jan.hochtritt@lw.com

**Hamburg**  
Latham & Watkins LLP  
Warburgstrasse 50  
20354 Hamburg  
Tel +49 (40) 41 40 30  
Fax +49 (40) 41 40 31 30

**Frankfurt**  
Latham & Watkins LLP  
Frankfurter Welle  
Reuterweg 20  
60323 Frankfurt  
Tel +49 (69) 60 62 60 00  
Fax +49 (69) 60 62 60 60

**München**  
Latham & Watkins LLP  
Maximilianstrasse 11  
80539 München  
Tel +49 (89) 20 80 3 8000  
Fax +49 (89) 20 80 3 8080