



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,**

in unserer Rubrik „Ein-Blick“ möchten wir anhand eines aktuellen Falles aus der Bauindustrie darauf hinweisen, dass eine mitbestimmungspflichtige Versetzung im Sinne von § 95 BetrVG auch dann vorliegen kann, wenn die Arbeitnehmer auf der Grundlage tarif- oder arbeitsvertraglicher Regelungen grundsätzlich dazu verpflichtet sind, die Tätigkeit an wechselnden Arbeitsstellen zu erbringen. Der Betriebsrat sollte in der Praxis daher stets im Einzelfall prüfen, ob ihm beim Einsatz wechselnder Arbeitsstellen nicht ein Mitbestimmungsrecht zusteht.

Sodann stellen wir die Entscheidung des BAG vom 10.07.2013 zum Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern vor. Damit hat das BAG die vorher noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage dahingehend geklärt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs die Zustimmung zur Einstellung mit der Begründung verweigern darf, dass die Einstellung von Leiharbeitnehmern gegen das AÜG verstoße, wenn deren Einsatz nicht nur vorübergehend erfolgen soll. Damit werden die Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats beim dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern deutlich gestärkt.

Am **30.01.2014** findet von 11.00 Uhr bis ca. 17.00 Uhr in den Rheinterrassen – auch aus Anlass des 70. Geburtstages von Lorenz Schwegler – unser nächstes Kanzleigespräch in **Düsseldorf** statt. Schwerpunktthema ist „Der Schutz vor der Erosion des unbefristeten Tarifarbeitsverhältnisses“. Wolfgang Däubler referiert über „Gesetzgebung (unter Einschluss des Koalitionsvertrages) und Rechtsprechung zu befristeten Arbeitsverhältnissen, Leiharbeit, Dienst- und Werkverträgen“. Als weiterer Referent wird Rolf Stockem (ver.di) über „Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu Outsourcing und Beschäftigungssicherung“ neue Aspekte zu diesem Thema darlegen. Hierzu werden demnächst gesonderte Einladungen versandt. Wir freuen uns auf Eure/Ihre Teilnahme.

Schon jetzt möchten wir auf ein weiteres **Kanzleigespräch** am **15. Mai 2014** in **Frankfurt am Main** hinweisen. Schwerpunktthemen sind dann hier die psychischen Belastungen am Arbeitsplatz sowie aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung im Betriebsverfassungsrecht (siehe Seite 22). Auch hierzu können Sie sich schon anmelden. Wir freuen uns auf das Kanzleigespräch mit Euch/Ihnen in Frankfurt.

Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern eine besinnliche Weihnachtszeit und einen guten Rutsch in ein erfolgreiches Neues Jahr 2014.

**Eure/Ihre**

**schwegler rechtsanwälte**



<b>„Ein-Blick“:</b>	<b><i>Ist die Anweisung an einen Arbeitnehmer eines Montageunternehmens, die Arbeitsstelle zu wechseln, Versetzung i.S.d. §§ 95, 99 BetrVG und somit mitbestimmungspflichtig?</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Der Betriebsrat eines Entleiherbetriebs kann seine Zustimmung zu einer beabsichtigten Einstellung einer Leiharbeitskraft verweigern, wenn deren Einsatz nicht nur vorübergehend erfolgen soll</i></b>	<b>8</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Betriebsratswahl – Minderheitengeschlecht – kein Ausschluss Überrepräsentanz – Wahlanfechtung</li><li>- Betriebsratsanhörung in der Wartezeit – subjektives Werturteil – Tatsachekern</li><li>- Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung</li><li>- Betriebsratsmitglied kann nicht ohne weiteres wegen Pflichtverletzung bei der Amtsausübung gekündigt werden</li><li>- Anfechtung einer Betriebsratswahl – Differenz zwischen Stimmzetteln und Stimmabgabevermerken</li></ul>	<b>11</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Altersgrenze für die Unverfallbarkeit von Versorgungsanswartschaften – keine Alters- und Geschlechterdiskriminierung</i></b>	<b>15</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Betriebsratsanhörung in der Wartezeit nach Kündigungsschutzgesetz</li><li>- Verstoß gegen Rauchverbot rechtfertigt fristlose Kündigung</li><li>- Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen sind wirksam</li><li>- Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung in Ausgleichsklausel</li></ul>	<b>19</b>
<b>Veranstaltungen</b>		<b>22</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>23</b>
<b>Impressum</b>		<b>24</b>

**Ist die Anweisung an einen Arbeitnehmer eines Montageunternehmens (Bauindustrie) die Arbeitsstelle zu wechseln (z.B. Abordnung an eine andere Baustelle), Versetzung i.S.d. §§ 95, 99 BetrVG und damit mitbestimmungspflichtig?**

- ArbG Köln, Beschluss vom 05.06.2013 – 3 BV 23/13 -

Unsere Kanzlei ist auf Seiten der Arbeitnehmer und deren Vertretungen in unterschiedlichsten Branchen tätig. Unter anderem vertreten wir eine Vielzahl von Betriebsräten aus der Bauindustrie. Hier begegnen wir regelmäßig interessanten Fällen, die es im Sinne der Arbeitnehmer und der Arbeitnehmervertretungen zu lösen gilt.

Jüngst waren wir mit einem Fall vertraut, in dessen Folge wir einen weit verbreiteten Irrglauben (bezüglich der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Versetzungen) aus der Welt schaffen konnten.

Viele Unternehmen der Bauindustrie bieten ihre Leistungen für verschiedene Kunden an mehreren Orten an. So liegt es in der Natur der Sache, dass diese Unternehmen ihre Mitarbeiter an verschiedenen Arbeitsstellen (meist Baustellen) einsetzen müssen. Teilweise sind die Einsatzorte bundesweit verstreut. Bei der Zuweisung verschiedener Arbeitsstellen werden die Betriebsräte regelmäßig vollständig ignoriert und zwar mit dem Hinweis darauf, die Abordnung von Arbeitnehmern an einen anderen Arbeitsplatz (z.B. eine andere Baustelle) sei wegen des Bundesrahmentarifvertrages BAU (BRTV) keine Versetzung und der Betriebsrat daher insgesamt nicht zu beteiligen.

Als Aufhänger hierzu wird seitens der Unternehmen auf § 7 BRTV verwiesen, in dem es heißt:

„Der Arbeitnehmer kann auf allen Bau- oder sonstigen Arbeitsstellen (Arbeitsstelle) des Betriebes eingesetzt werden, auch wenn er diese von seiner Wohnung aus nicht an jedem Arbeitstag erreichen kann.“

Die Arbeitgeber der Bauindustrie legen diese Regelung in stetiger Praxis so aus, dass jede Abordnung eines Arbeitnehmers an eine andere Arbeitsstelle keine Versetzung i.S.d. § 95 Abs. 3, S. 1 BetrVG sei und daher der Betriebsrat nicht gem. § 99 BetrVG beteiligt werden müsse.

Im Klartext sieht der Arbeitgeber mit § 7 BRTV eines der wichtigsten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats als ausgehebelt an: Ein Irrglaube, der aufgrund jahrelanger Umsetzung in der Praxis selbst bei einer Vielzahl von Betriebsräten vorhanden ist.

### **Zum Sachverhalt**

Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Bauindustrie, in dem etwa 160 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Sie unterhält zwei Standorte, wobei bei beiden Standorten jeweils ein Betriebsrat gebildet ist. Der Betriebsrat am betreffenden Standort besteht aus drei Mitgliedern. Dieser Betriebsrat war Antragsteller in dem zugrundeliegenden Beschlussverfahren.

Auf die Arbeitsverhältnisse der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer findet der allgemein verbindliche Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) Anwendung.

Die Arbeitgeberin hat immer wieder Arbeitnehmer an verschiedene Baustellen abgeordnet und diesen dort verschiedene Aufgaben zugewiesen. So mussten beispielsweise Monteure aus der geschlossenen Werkstatt in Rohrgraben im Freien arbeiten. Obermonteure hatten nach der Abordnung Helfertätigkeiten auszuüben.

Der Betriebsrat wurde bei keiner der Abordnungen beteiligt. Die Arbeitgeberin stellte sich vielmehr auf den Standpunkt, man brauche als Montageunternehmen den Betriebsrat nicht zu beteiligen. Schließlich regelt § 7 BRTV, dass Arbeitnehmer auf allen Bau- und sonstigen Arbeitsstellen eingesetzt werden könnten. Damit seien Anweisungen an Arbeitnehmer, die Arbeit an einer anderen Baustelle aufzunehmen, von vornherein keine Versetzungen und bedürften daher auch keiner Mitbestimmung durch den Betriebsrat.

Dies sah das Arbeitsgericht anders, weshalb es dem Antrag des Betriebsrats, der Arbeitgeberin aufzugeben, die betreffenden Versetzungen rückgängig zu machen, stattgab.

### **Rechtlicher Hintergrund**

Versetzungen i.S.d. § 95 Abs. 3, S. 1 BetrVG sind gem. § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Dies gilt selbstverständlich auch bei Unternehmen der Bauindustrie, selbst dann, wenn sie als sogenannte Montageunternehmen zu qualifizieren wären.

Versetzung i.S.d. § 95 Abs. 3, S. 1 BetrVG ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, ODER die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Das bedeutet, dass eine Versetzung schon am

ersten Tag vorliegen kann, wenn sich die Umstände unter denen die Arbeit zu leisten ist, erheblich ändern. Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass dann grundsätzlich nicht von einer Versetzung die Rede sein kann, wenn sich lediglich der Arbeitsort ändert, die zu leistende Arbeit an sich aber die Gleiche ist.

Zu beachten ist dabei, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht an die zu Grunde liegende schuldrechtliche Versetzungsregelung anknüpft, sondern an die tatsächliche Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs als Realakt. Allerdings greift das Mitbestimmungsrecht i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG erst dann ein, wenn die Zuweisung eines anderen Arbeitsorts eine Tätigkeitsänderung darstellt, die die in § 95 Abs. 3 BetrVG geforderte Qualität und Intensität aufweist.

Um dies herauszufinden ist auf die tatsächlichen Begebenheiten des konkret betroffenen Arbeitsverhältnisses im Einzelfall abzustellen. So ist die von § 95 Abs. 3 BetrVG geforderte Qualität und Intensität z.B. dann erreicht, wenn das konkret betroffene Arbeitsverhältnis üblicherweise die ständige Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz vorsieht und dem Arbeitnehmer dennoch ein anderer Arbeitsplatz zugewiesen wird.

Ebenso ist die geforderte Intensität und Qualität erreicht, wenn das konkret betroffene Arbeitsverhältnis zwar üblicherweise die Beschäftigung an verschiedenen Einsatzorten vorsieht, der Wechsel des Arbeitsplatzes aber mit einer Änderung des Tätigkeitsbereichs einhergeht, sich also der Inhalt der Arbeitsaufgabe ändert (etwa dann, wenn nunmehr Aufgaben zu erledigen wären, die schon einer anderen Gehaltsgruppe zuzuordnen wären).

In diesem Fall waren die betroffenen Arbeitnehmer vor der Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes teilweise über 15 Jahre in der Zentralwerkstatt tätig. Die Verhältnisse der konkret betroffenen Arbeitnehmer sahen die stetige Beschäftigung an einem Arbeitsplatz vor, da eine regelmäßige Änderung ihrer Einsatzorte nie stattfand. Dabei ist gleichgültig, ob der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich wegen des Arbeitsvertrags oder wegen des Tarifvertrags an andere Arbeitsorte hätte einsetzen können.

Ob der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitnehmer wegen § 7 BRTV grundsätzlich an einem anderen Ort einsetzen darf, betrifft nämlich nicht die Frage, ob er dies auch ohne die Beteiligung des Betriebsrats machen kann. Vielmehr steht dem Betriebsrat in diesen Fällen ein Mitbestimmungsrecht zu.

### **Praxishinweis**

Insbesondere im Baugewerbe werden Arbeitnehmer täglich verschiedene Einsatzorte zugewiesen. Bei Montageunternehmen liegt dies auch in der Natur der Sache. Allerdings geht in den meisten Fällen mit dem Wechsel des Einsatzorts auch eine Änderung der Tätigkeit selbst einher, weshalb es sich betriebsverfassungsrechtlich regelmäßig um mitbestimmungspflichtige Versetzungen handelt. Dennoch scheint es Usus zu sein, den Betriebsrat bei diesen Versetzungen gänzlich zu ignorieren. Der Hinweis des Arbeitgebers auf § 7 BRTV scheint insoweit tatsächlich zu fruchten. Umso bedeutender ist es, dass das Arbeitsgericht nochmals auf den bekannten Grundsatz verwiesen hat, dass der arbeitsrechtliche Vorgang einer Versetzung aus drei Ebenen besteht, die strikt getrennt zu betrachten sind. Ein Verweis auf § 7 BRTV ist im Ergebnis ebenso bedeutungs- wie sinnlos.

Die erste Ebene betrifft die individualrechtliche Ebene, das heißt die Frage, ob die Arbeitgeberin den Aufgabenbereich eines Arbeitnehmers nach Ort, Zeit und Umfang der Tätigkeit grundsätzlich verändern darf.

Die zweite Ebene ist die tatsächliche Ebene und behandelt wiederum die Versetzung als tatsächliche Zuweisung des anderen Arbeitsbereichs und ist als Vollzug der Versetzungsregelung von dieser zu trennen, da sie einen Realakt darstellt.

Die dritte Ebene ist die betriebsverfassungsrechtliche. Hier geht es um die Beteiligung des Betriebsrats bei der Versetzung als tatsächliche Zuweisung des neuen Arbeitsbereichs. Das Mitbestimmungsrecht knüpft mithin an die Zuweisung als Realakt an.

In der Praxis ist daher nicht danach zu fragen, ob der Arbeitgeber nach Tarifvertrag oder gar unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag heraus dem betroffenen Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsbereich zuweisen darf, sondern danach, ob durch die Zuweisung selbst die von § 95 Abs. 3 BetrVG geforderte Qualität und Intensität erreicht wird und daher ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Als Betriebsrat sollte man sich daher nicht mit Hinweisen des Arbeitgebers auf das Dürfen nach Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag zufrieden geben. Hier ist dem Arbeitgeber deutlich zu machen, dass der Betriebsrat auf die tatsächliche Zuweisung im Einzelfall abstellt und daher Beteiligungsrechte sieht. Diese muss der Arbeitgeber zwingend berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Arbeitgeber aufzufordern, alle Details über die anstehende Maßnahme offen zu legen.

In diesem Zusammenhang muss der Betriebsrat dann sorgsam den Wechsel des Einsatzortes vom Wechsel der Tätigkeit unterscheiden, um sein Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG zu prüfen und gegebenenfalls auch zu begründen.

Sollte der Arbeitgeber die Maßnahme dennoch ohne die Beteiligung des Betriebsrats durchführen, darf der Betriebsrat unter keinen Umständen nachgeben, sondern muss zwingend den Rechtsweg bestreiten. Zum Zwecke einer interessenorientierten Lösung für beide Betriebsparteien dürfte - insbesondere bei Montageunternehmen - der Abschluss einer Betriebsvereinbarung empfehlenswert sein.

Für weitere Fragen stehen wir Euch/Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.



**Özer Arslan, Köln**

[◀ zur Inhaltsübersicht](#)





**Der Betriebsrat eines Entleiherbetriebs kann seine Zustimmung zu einer beabsichtigten Einstellung einer Leiharbeitskraft verweigern, wenn deren Einsatz nicht nur vorübergehend erfolgen soll**

- BAG, Beschluss vom 10.07.2013 - 7 ABR 91/11 -

**Sachverhalt:**

Die Arbeitgeberin, ein Zeitungsverlag, teilte dem Betriebsrat 2006 mit, dass sie ab dem folgenden Jahr beabsichtige, alle neu zu besetzenden Stellen nur noch mit Leiharbeitnehmern zu besetzen.

Im Jahr 2011 beantragte die Arbeitgeberin bei dem Betriebsrat die Zustimmung zu einer zeitlich unbegrenzten Beschäftigung einer Leiharbeitnehmerin. Unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigerte der Betriebsrat seine Zustimmung mit dem Argument, dass der Einsatz der Leiharbeitnehmerin unbefristet beabsichtigt sei. Der Einsatz von Leiharbeitskräften könne nach dem AÜG aber nur vorübergehend erfolgen, so dass die beabsichtigte Einstellung gegen das Gesetz verstoße.

Die Arbeitgeberin wandte sich daraufhin an das zuständige Arbeitsgericht und begehrte die Zustimmungsersetzung zur dauerhaften Einstellung der Leiharbeitskraft.

Während die Vorinstanzen dem Antrag der Arbeitgeberin entsprachen und die Zustimmung ersetzten, unterlag die Arbeitgeberin dann in letzter Instanz vor dem Bundesarbeitsgericht.

**Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts:**

Das BAG hatte im vorliegenden Zustimmungsersetzungsverfahren zu prüfen, ob sich der Betriebsrat hinsichtlich seiner Zustimmungsverweigerung zu Recht auf einen Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berufen durfte.

Nach der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“. Das Wort „vorübergehend“ wurde erstmals im Rahmen der Gesetzesänderung zum 01.12.2011 aufgenommen.

Die Bedeutung des Wortes „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG wird in der Literatur und Instanzrechtsprechung unterschiedlich interpretiert. Unter anderem wird die Auffassung vertreten, der Begriff habe nur klarstellende Funktion und sei





ein bloßer Programmsatz ohne Rechtsfolgen. Dagegen hat das BAG nunmehr festgestellt, dass die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und damit das Wort „vorübergehend“, die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersage. Es handelt sich nach Auffassung des Gerichts also um eine Verbotsnorm. Sie diene zum einen dem Schutz der Leiharbeitnehmer, zum anderen solle sie auch die dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebs in eine Stammebelegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern.

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs habe daher seine Zustimmung zur Einstellung der verfahrensgegenständlichen Leiharbeitnehmerin zu Recht verweigert. Der Arbeitgeber war daher nicht berechtigt, die Leiharbeitnehmerin wie geplant dauerhaft in seinem Betrieb zu beschäftigen.

### **Auswirkungen für die Praxis:**

Der Beschluss reiht sich in die Reihe zahlreicher aktueller Entscheidungen des BAG zur Leiharbeit ein. So erfolgte jüngst das Urteil vom 24.01.2013 (Az. 2 AZR 140/12), wonach „in der Regel“ beschäftigte Leiharbeitnehmer bei der Bestimmung der Betriebsgröße im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitzählen. Weiter hatte das Gericht am 13.03.2013 (Az. 7 ABR 69/11) den wegweisenden Beschluss gefasst, dass Leiharbeitnehmer bei der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Anzahl der Arbeitnehmer eines Betriebs (§ 9 Satz 1 BetrVG) grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Der Beschluss wurde ausführlich in unserem Newsletter 3/2013 vorgestellt.

Der nun vorliegende Beschluss wirkt sich unmittelbar auf die Möglichkeiten des Betriebsrats aus, dem übermäßigen Einsatz von Leiharbeitnehmern begegnen. Durch den Beschluss des Gerichts wird das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG um eine weitere Verbotsnorm (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG) erweitert. Folglich können Betriebsräte in Zukunft zu Recht ihre Zustimmung verweigern, sofern eine nicht nur vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern vorliegt.

Ausdrücklich offengelassen hat das Gericht jedoch die Frage, was unter „vorübergehend“ zu verstehen ist. Das konkrete Verfahren verlangte keine genaue Definition des Begriffs, da hier beabsichtigt war, die Leiharbeitnehmerin ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft einzusetzen, was nach Auffassung des BAG jedenfalls nicht mehr "vorübergehend" war.

Ebenfalls offen ist nach wie vor die Frage, welche Auswirkungen eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung auf das Verhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher



hat. Ob also – wie es in der Instanzenrechtsprechung vereinzelt vertreten wird – im Falle einer nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zwischen Leiharbeiter und Entleiher kraft Gesetzes nach §§ 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zu Stande kommt.

Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Punkte besteht hinsichtlich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in der Praxis weiterhin keine Rechtssicherheit.

Arbeitgeber werden daher voraussichtlich künftig vermeiden, ihren Betriebsräten im Rahmen der Einstellungsanhörungen nach § 99 BetrVG die dauerhaft beabsichtigte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern mitzuteilen. Stattdessen wird man sich auf bestimmte Beschäftigungszeiträume eines Leiharbeitnehmers beschränken, woran sich dann die umstrittene Frage anschließt, worauf hinsichtlich des Merkmals „vorübergehend“ abzustellen ist. Nach zutreffender Auffassung ist der Begriff arbeitsplatzbezogen auszulegen, d.h. es kann nicht darauf ankommen, wie lange der/die einzelne Leiharbeiter(in) eingesetzt wird/werden soll, sondern darauf, ob der Arbeitsplatz dauerhaft mit Leiharbeitskräften besetzt werden soll. Der Streit, welche zeitliche Komponente dem Begriff „vorübergehend“ innewohnt, stellt sich dann natürlich trotzdem noch. Abschließend erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass sich diese ganze Diskussion relativieren dürfte, wenn wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, im Gesetz eine personenbezogene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten aufgenommen wird.

Aufgrund dessen muss außerdem damit gerechnet werden, dass Arbeitgeber wegen dieser Unwägbarkeiten weiter Abstand von der Leiharbeit nehmen. En vogue ist als Alternative zur Leiharbeit ohnehin schon länger die Beschäftigung über Werkverträge. Hiermit werden sich die Gerichte – auch im Rahmen von Verfahren zu personellen Einzelmaßnahmen (insbesondere im Rahmen von § 101 BetrVG) – in Zukunft noch stärker beschäftigen müssen.



**Sabrina Staack, Berlin**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Betriebsratswahl – Minderheitengeschlecht – kein Ausschluss Überrepräsentanz – Wahlanfechtung**

- BAG, Beschluss vom 13.03.2013 – 7 ABR 67/11 -

Fehler bei der Betriebsratswahl können nach § 19 BetrVG zur Wahlanfechtung führen mit der Folge, dass mit Rechtskraft der stattgebenden Entscheidung des Arbeitsgerichts der Betriebsrat mit „ex-nunc“ Wirkung, d.h. ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft, nicht mehr existiert.

In der zugrundeliegenden Entscheidung befasst sich das BAG mit der Frage, ob unzutreffende Angaben im Wahlausschreiben im Hinblick auf die Mindestsitzzahl für das Geschlecht in der Minderheit einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren darstellen, die das Wahlergebnis beeinflussen und somit zur erfolgreichen Anfechtbarkeit der Wahl führen.

Der Wahlvorstand gab im Wahlausschreiben u.a. an: *„Der künftige Betriebsrat besteht aus 11 Mitgliedern. Im Betrieb sind 515 Frauen und 124 Männer als Arbeitnehmer einschließlich der Auszubildenden beschäftigt. ... Gemäß § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das im Betrieb in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis in der Belegschaft vertreten sein. In der Minderheit sind Frauen Männer (nicht Zutreffendes streichen). Danach müssen mindestens neun Frauen / zwei Männer (nicht Zutreffendes streichen) dem Betriebsrat angehören.“* Die Antragstellerin hat die Wahl fristgerecht angefochten, weil die Anzahl der auf das Geschlecht in der Minderheit entfallenden Mindestsitze im Betriebsrat fehlerhaft angegeben worden sei. Es seien nicht mindestens neun Frauen, sondern mindestens zwei Männer zu wählen gewesen.

Nach Auffassung des BAG hat die Anfechtung nach § 19 Abs. 1 BetrVG Erfolg, wenn ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften u.a. über das Wahlverfahren vorliegt, der nicht berichtigt wurde und der Wahlverstoß Einfluss auf das Wahlergebnis hatte oder haben konnte. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 5 WO muss das Wahlausschreiben u.a. die Angabe der „auf das Geschlecht in der Minderheit entfallenden Mindestsitze im Betriebsrat“ (§ 15 Abs. 2 BetrVG) enthalten. Es handelt sich hierbei um eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren, so dass eine insoweit unzutreffende Angabe geeignet ist, die Anfechtung der Wahl zu rechtfertigen.

Vorliegend mussten nach § 15 Abs. 2 BetrVG, § 5 WO bei einer Belegschaft von 515 Frauen und 124 Männern die Männer mit mindestens zwei Sitzen im Betriebsrat vertreten sein. Dem BAG zur Folge hätte das Wahlausschreiben auch



nur hierauf hinweisen müssen und dürfen und gerade nicht darüber hinaus auch auf die mindestens neun Frauen. Der Hinweis, es müssten „mindestens neun Frauen / zwei Männer“ dem Betriebsrat angehören, konnten nach Überzeugung des BAG die wahlberechtigten Arbeitnehmer nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit dahingehend verstehen, dass sich der Minderheitenschutz nicht auf die zu wählenden Frauen, sondern nur auf die zu wählenden Männer beziehen soll. Dieser Fehler könne das Wahlverfahren auch beeinflusst haben. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Vorschlagslisten eingebracht worden wären, wenn das Wahlausschreiben nicht den fehlerhaften Hinweis enthalten hätte, dass mindestens neun Frauen in den Betriebsrat zu wählen sind. Keineswegs sei es fernliegend, dass durch den unzutreffenden Hinweis männliche Bewerber von einer Kandidatur abgehalten wurden.

Die Entscheidung zeigt, dass Fehler im Wahlausschreiben regelmäßig zur Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl führen und für den Wahlvorstand vor diesem Hintergrund angesichts hoher Anforderungen des BAG an die Transparenz äußerste Sorgfalt geboten ist.

## **Betriebsratsanhörung in der Wartezeit – subjektives Werturteil – Tatsachenkern**

- BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12 -

Nach Auffassung des BAG ist bei einer Kündigung in der Wartezeit die Substantiierungspflicht nicht an den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG zu messen, sondern allein an den Umständen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Entschluss zur Kündigung herleitet. Dies folge aus dem Grundsatz der subjektiven Determination. Das BAG bekräftigt, dass bei Stützen der Kündigung in der Wartezeit auf ein subjektives Urteil seitens des Arbeitgebers die Mitteilung allein dieses Werturteils für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung ausreiche. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG sein Werturteil gegenüber der Arbeitnehmervertretung zu substantiieren oder zu begründen. Auch dann, wenn dem subjektiven Werturteil des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit hinaus fortsetzen zu wollen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachenelemente zugrunde liegen, so müsse der Arbeitgeber den Betriebsrat über diesen Tatsachenkern bzw. die Ansatzpunkte seines subjektiven Werturteils nicht informieren. Es genüge für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats vielmehr, wenn der Arbeitgeber allein den eigentlichen Kündigungsgrund und damit das Werturteil selbst als das Ergebnis seines Entscheidungsprozesses mitteile. Etwas anderes gelte nur dann, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern bestimmte konkrete



Verhaltensweisen oder Tatsachen den eigentlichen Kündigungsgrund bildeten. Der erst nach Ablauf der Wartezeit eintretende Kündigungsschutz darf dem BAG zur Folge durch die Anforderungen, die an eine Anhörung nach § 102 BetrVG gestellt werden, nicht zeitlich vorverlagert werden. Die formellen Anforderungen an die Unterrichtung des Betriebsrats seien deshalb an dem Schutzniveau des materiell rechtlichen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers in der Wartezeit zu messen.

### **Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung**

- BAG, Urteil vom 09.07.2013 – 1 AZR 275/12 -

Wird im Rahmen einer Betriebsvereinbarung Schichtarbeit eingeführt und als Ausgleich hierfür die Zahlung einer außertariflichen Zulage vereinbart, so kann dies nach Auffassung des BAG in der Regel nur so verstanden werden, dass die vom Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung erfassten Arbeitnehmer die Zulage solange beanspruchen können, wie sie nach deren Maßgabe Schichtarbeit zu leisten haben. Das habe zur Folge, dass sich im Falle der Kündigung der Betriebsvereinbarung die Nachwirkung der nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erzwingbaren Schichtplanregelung auch auf die nur teilmitbestimmte Regelung der Zulagen erstreckt.

### **Betriebsratsmitglied kann nicht ohne weiteres wegen Pflichtverletzung bei der Amtsausübung gekündigt werden**

- ArbG Saarlouis, Urteil vom 19.08.2013 – 2 Ca 716/12 -

Setzt ein Betriebsratsmitglied und Mitglied des Wahlvorstands trotz Abbruchs der Wahl die Wahl fort und lädt alle Mitarbeiter zur Teilnahme an der Stimmauszählung ein, so sei dies nach Ansicht des Arbeitsgerichts Saarlouis zwar möglicherweise pflichtwidrig, rechtfertigte aber in aller Regel keine Kündigung angesichts der Tatsache, dass das Fehlverhalten lediglich das Amt des Betriebsratsmitglieds als Wahlvorstand betreffe und nicht dessen Arbeitsverhältnis.

Dem liegt der folgende Sachverhalt zugrunde. Im August 2012 fanden Betriebsratswahlen statt. Nachdem der Wahlvorstand, dem der Kläger angehörte, wegen aufgetretener Probleme beschlossen hatte, zurückzutreten und die Wahl abubrechen, wollte der Kläger mit zwei weiteren Mitgliedern die Wahl fortführen. Zu diesem Zweck schickte er ein Schreiben an die Filialen mit dem Aufruf, dass die Wahl weitergehe und die Mitarbeiter eingeladen seien an der Stimmauszählung teilzunehmen.

Wegen der hieraus resultierenden Störung des Betriebsfriedens kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich. Zur Begründung



machte sie ferner geltend, dass das Verhalten des Klägers zudem zeitlich nach einer bereits seit längerem andauernden Provokation durch eine Gruppe von Betriebsratsmitgliedern erfolgt sei.

Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses seitens der Beklagten ist nach Ansicht des Gerichts unwirksam. Ein mögliches Fehlverhalten des Klägers betreffe lediglich dessen Amt als Wahlvorstand und kann dementsprechend eine Kündigung des Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Ergebnis nicht rechtfertigen. Die fristlose Kündigung sei auch nicht angesichts einer etwaigen Störung des Betriebsfriedens gerechtfertigt, denn der Betriebsfrieden war bereits durch vorangegangene Ereignisse erheblich gestört, so dass es an dem erforderlichen Kausalzusammenhang fehle.

## **Anfechtung einer Betriebsratswahl – Differenz zwischen Stimmzetteln und Stimmabgabevermerken**

- BAG, Beschluss vom 12.06.2013 – 7 ABR 77/11 -

Im zugrundeliegenden Fall befanden sich bei der im Frühjahr 2010 durchgeführten Betriebsratswahl im Volkswagen-Werk Hannover 105 Stimmzettel mehr in den Wahlurnen als Stimmabgabevermerke in der elektronischen Wählerliste.

Nach Ansicht des BAG ist § 12 Abs. 3 WO eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren im Sinne des § 19 BetrVG. Danach wirft der Wähler bei der Wahl den Wahlumschlag, in den der Stimmzettel eingelegt ist, in die Wahlurne ein, nachdem die Stimmabgabe in der Wählerliste vermerkt worden ist. Dadurch wird verhindert, dass nicht zur Wahl berechnigte Personen eine Stimme abgeben oder Wahlberechnigte mehrfach wählen. Bei elektronisch geführten Wählerlisten kann die Stimmabgabe auch elektronisch vermerkt werden. Eine spätere Ergänzung oder Berichtigung der Stimmabgabevermerke ist nicht zulässig. Ergibt sich nach Abschluss der Wahl, dass sich in den Wahlurnen mehr Stimmzettel befinden, als die Wählerliste an abgegebenen Stimmen ausweist, lässt sich der hieraus folgende Verstoß gegen § 12 Abs. 3 WO nicht nachträglich heilen.

◀ *zur Inhaltsübersicht*





## **Altersgrenze für die Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften – keine Alters- und Geschlechterdiskriminierung**

- BAG, Urteil vom 28.05.2013 – 3 AZR 635/11 -

### **Orientierungssätze**

1. Die im BetrAVG festgelegten Altersgrenzen für die Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften verstoßen nicht gegen Verfassungs- und EU-Recht.
2. Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) enthält eine Spezialregelung zu Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG und erlaubt den Mitgliedstaaten bei betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in diesen betrieblichen Systemen oder den Bezug für Altersrente, ohne dass dies eine Diskriminierung wegen des Alters darstellt. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nicht erforderlich.
3. Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts wäre durch das Ziel der Förderung der betrieblichen Altersvorsorge und damit durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.

### **Sachverhalt**

Der Kläger begehrte mit seiner Klage die Feststellung, dass ihm eine unverfallbare Anwartschaft aus einer Betriebsrente zusteht. Das Arbeitsverhältnis mit dem im April 1982 geborenen Kläger und der Deutschen Telekom AG begann am 1. September 1999. Zu diesem Zeitpunkt wurde ihm auch eine Zusage auf Leistung aus der betrieblichen Altersvorsorge erteilt. Das Arbeitsverhältnis ging mit Wirkung zum 1. Dezember 2008 auf die beklagte Deutsche Telekom Netzproduktion GmbH über. Der zu diesem Zeitpunkt 27-jährige Kläger schied aufgrund eines Aufhebungsvertrages zum 30. November 2009 aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten aus.

Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit, dass er keine Anwartschaft auf Leistungen aus der betrieblichen Altersvorsorge erworben habe, weil er zum Zeitpunkt des Ausscheidens noch nicht das 30. Lebensjahr vollendet habe und damit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Anwartschaft nicht vorlägen.

Gegen diese Altersgrenze richtete sich der Kläger mit seiner Feststellungsklage.





## Entscheidung des BAG

Das BetrAVG sah zunächst für Versorgungsanwartschaften die Vollendung des 35. Lebensjahres vor, ab dem 01.01.2001 wurde die Altersgrenze auf 30 Jahre und ab dem 01.01.2009 auf 25 Jahre abgesenkt.

Für Versorgungszusagen, die bei Inkrafttreten der Änderungen schon bestanden haben, regelt § 30 f BetrAVG Übergangsvorschriften. Danach bleiben Anwartschaften erhalten, wenn das Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 35. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens zehn Jahre bestanden hat oder bei mindestens zwölfjähriger Betriebszugehörigkeit mindestens drei Jahre bestanden hat; in diesen Fällen bleibt die Anwartschaft auch erhalten, wenn die Zusage ab dem 01.01.2001 fünf Jahre bestanden hat und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses das 30. Lebensjahr vollendet ist.

Das BAG betonte, dass die Unverfallbarkeitsregelung nicht am allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gemessen werden könne, da es sich bei dem AGG nicht um höherrangiges Recht handle. Die Beurteilung habe allein am Maßstab des Verfassungsrechts und des EU-Rechts zu erfolgen.

Einen Verstoß hiergegen verneinte das BAG, insbesondere läge kein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG vor. Nach Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78/EG läge eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person u. a. wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Allerdings enthalte die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine Spezialregelung in Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG, so dass es auf Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht mehr ankomme. Nach Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG können Mitgliedstaaten vorsehen, dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität keine Diskriminierung wegen des Alters darstelle, solange dies nicht zu einer Diskriminierung wegen des Geschlechts führe. Die unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters sei nach Ansicht des BAG folglich durch Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG gerechtfertigt. Mit der Altersgrenze würden Hindernisse, die der Verbreitung der betrieblichen Altersvorsorge entgegenstehen können, beseitigt. Eine gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung bedürfe es nicht mehr, so das BAG. Darüber hinaus läge in der festgelegten Altersgrenze von 30 Jahren auch keine



unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts. Eine mittelbare Diskriminierung komme immer dann in Betracht, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, ohne dass die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich wären.

Selbst wenn von dem Verfall von Versorgungsanwartschaften mehr Frauen als Männer betroffen wären, läge darin keine unzulässige mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, da die Regelung durch das rechtmäßige Ziel der Förderung der betrieblichen Altersvorsorge und damit durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Durch die Festlegung eines Mindestalters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses soll verhindert werden, dass Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge, die nur zu einem geringen Rentenanspruch führen, vom Arbeitgeber über einen längeren Zeitraum hinweg verwaltet werden müssen. Ein solcher Verwaltungsaufwand könne dazu führen, dass Arbeitgeber von der Erteilung von Versorgungszusagen insgesamt absehen. Zudem würden die Belange der Betroffenen nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn sie erst ab der Vollendung des 30. Lebensjahres Anwartschaften erwerben, da sie den Verlust in der Regel durch ein jahrzehntelanges Erwerbsleben und durch Eigenvorsorge kompensieren können, so das BAG.

Durch die Herabsetzung der Altersgrenze von 35 auf 30 Jahre und später auf 25 Jahre würde bereits ein Ausgleich zwischen der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers und dem Sozialschutz der Arbeitnehmer getroffen.

Das BAG sah es auch nicht für notwendig an, eine Vorabentscheidung beim Gerichtshof der Europäischen Union einzuholen, da bereits alle Fragen hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts geklärt seien.

Auch ein Verstoß gegen Verfassungsrecht, insbesondere gegen die Lohngerechtigkeit aus Art. 3 Abs. 3 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG läge nicht vor, da aus den bereits oben genannten Gründen ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung bestehe.

### **Bedeutung für die Praxis**

Das BAG stellt klar, dass es eine Altersgrenze für Versorgungszusagen gemessen am Verfassungs- und EU-Recht für rechtmäßig hält. Diese Entscheidung bleibt für manche Arbeitnehmer wohl nicht nachvollziehbar, was auch an der eher



dürftigen Argumentation des BAG, insbesondere zur Altersdiskriminierung liegen dürfte. Auch bleibt die Argumentation des BAG hinsichtlich der Geschlechterdiskriminierung unverständlich, da der Gesetzgeber selbst im Jahre 2007 davon ausging, dass die Altersgrenze von 30 Jahren Frauen benachteiligt und daher die Altersgrenze auf 25 Jahre senkte (*BT-Drs.16/6539, S.7 „Um möglichst vielen Beschäftigten, besonders jungen Frauen, künftig ihre betriebliche Altersvorsorge zu erhalten, wird mit dem Gesetz zudem das Lebensalter für die Unverfallbarkeit von arbeitgeberfinanzierten Betriebsrentenanwartschaften auf das 25. Lebensjahr abgesenkt“*).

Allein für die Unternehmer dürfte die Entscheidung ein bisschen mehr Sicherheit gebracht haben.



**Simone Rohs, Düsseldorf**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Verstoß gegen Rauchverbot rechtfertigt fristlose Kündigung**

- LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27.08.2013 – 1 Sa 80/13 -

Der klagende Arbeitnehmer ist als Spritzlackierer bei der Arbeitgeberin, die sich mit Lackierarbeiten befasst, beschäftigt. Ausweislich seines Arbeitsvertrags ist dem Arbeitnehmer bekannt, dass das Rauchen in den Betriebsräumen nicht gestattet ist. Zusätzlich sind in verschiedenen Betriebsräumen Rauchverbots-schilder angebracht. Im Betrieb wird mit leicht brennbaren Stoffen, wie Lacken und Verdünnungsmitteln gearbeitet. Das Rauchen ist im Pausenraum erlaubt; außerdem können die Mitarbeiter Raucherpausen einlegen, die mit 10 Minuten/Pause von der Arbeitszeit abgezogen werden. Der Arbeitgeberin wurde von den Arbeitskollegen des Klägers mitgeteilt, dieser habe in den Betriebsräumen geraucht. Noch am selben Tag kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Arbeitnehmer macht die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung geltend. Dieses bestätigte ihm sowohl das Arbeits- als auch das Landesarbeitsgericht:

Zwar habe der Arbeitnehmer durch den nur einmaligen Verstoß gegen das Rauchverbot einen wichtigen Grund an sich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Dass im Betrieb der Beklagten ein Rauchverbot in allen Betriebsräumen besteht, ergibt sich schon aus dem vorgelegten Arbeitsvertrag. Gegen die Rechtmäßigkeit dieses Rauchverbots bestehen auch keine Bedenken. Die fristlose Kündigung ist jedoch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Denn beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Die ordentliche und die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen daher regelmäßig eine Abmahnung voraus. An dieser mangelt es vorliegend. Da der Arbeitnehmer wegen des Verstoßes gegen ein Rauchverbot zuvor noch nicht abgemahnt worden ist, konnte die Arbeitgeberin gerade nicht von zukünftigen Vertragsstörungen ausgehen. Die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist schließlich auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil der Arbeitnehmer in besonders hohem Maße gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat. Denn die Existenz einer konkreten Brand-/Explosionsgefahr ist durch die Arbeitgeberin nicht ausreichend dargelegt worden.



## **Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen sind wirksam**

- BAG, Urteil vom 05.03.2013 – 1 AZR 417/12 -

Eine bei der Arbeitgeberin bestehende Gesamtbetriebsvereinbarung sah die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen des 65. Lebensjahres vor. Dieses vollendete der Arbeitnehmer im August 2007 und schied aus. Mit seiner Klage hat er sich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gewandt. Er vertrat die Auffassung, die in der Gesamtbetriebsvereinbarung enthaltene Altersgrenzenregelung führe zu einer nach dem AGG unzulässigen Benachteiligung wegen des Lebensalters. Eine auf das Erreichen des Regelrentenalters bezogene Befristung könne in Betriebsvereinbarungen nicht vereinbart werden. Bei der Einstellung sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden. Diese Abrede gehe als günstigere Absprache etwaigen Altersgrenzenregelungen in den Gesamtbetriebsvereinbarungen vor.

Die Gerichte entschieden anders: Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber können in einer freiwilligen Gesamtbetriebsvereinbarung eine Altersgrenze für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln. Dabei haben sie die Grundsätze von Recht und Billigkeit (§ 75 Abs. 1 BetrVG) zu beachten. Diese sind gewahrt, wenn die Altersgrenze an den Zeitpunkt anknüpft, zu dem der Arbeitnehmer die Regelaltersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen kann. Eine solche Regelung verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Die Vereinbarung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ist auch keine, die Altersgrenzenregelung der Gesamtbetriebsvereinbarung verdrängende einzelvertragliche Abmachung.

## **Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung in Ausgleichsklausel**

- BAG, Urteil vom 14.05.2013 – 9 AZR 844/11 -

Die Arbeitgeberin kündigte Ende November 2008 ihr Arbeitsverhältnis mit dem seit Januar 2006 arbeitsunfähigen Arbeitnehmer ordentlich zum 30. Juni 2009. Im Kündigungsrechtsstreit regelten die Parteien im Juni 2010 in einem Vergleich u.a., dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der beklagten Arbeitgeberin zum 30. Juni 2009 aufgelöst worden ist, die Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer eine Abfindung zahlt und mit Erfüllung des Vergleichs wechselseitig alle finanziellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, gleich ob bekannt oder unbekannt und gleich aus welchem Rechtsgrund, erledigt sind. Nachfolgend machte der Arbeitnehmer Abgeltung für 70 Urlaubstage aus den Jahren 2006 bis 2008 geltend. Er trug vor, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe ihm dieser gesetzliche Mindesturlaub zugestanden, den die Arbeitgeberin abzugelten habe. Wegen seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit sei der



Urlaubsanspruch nicht verfallen. Der Vergleich im Kündigungsschutzverfahren vom Juni 2010 stehe seinem Abgeltungsanspruch nicht entgegen. Auf die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs habe er nicht wirksam verzichten können.

Das BAG folgte dieser Argumentation nicht. Die jeweils zu Beginn der Kalenderjahre 2006 und 2007 entstandenen Urlaubsansprüche seien bereits gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen. Der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs aus den Jahren 2008 und 2009 ging infolge der Ausgleichsklausel im gerichtlichen Vergleich aus dem Kündigungsschutzverfahren unter. Bei der Erledigungsklausel handle es sich nämlich um ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis, das auch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs erfasst.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Kanzleigespräch schwegler rechtsanwälte 2014 in Frankfurt am Main**

Am **15. Mai 2014** findet das nächste Kanzleigespräch unserer Kanzlei in Frankfurt am Main statt. Für die Veranstaltung nach § 37 Abs. 6 BetrVG ist der folgende Ablauf mit den folgenden Themen vorgesehen:

09:30 Uhr Öffnung des Tagungsgebäudes und Begrüßungsimbiss

10:00 Uhr Eröffnung, Begrüßung

10:15 Uhr **Psychische Belastungen am Arbeitsplatz:**  
Rechte der Betroffenen und Rechte des Betriebsrats

Referent: Prof. Dr. Ralf Pieper, Bergische Universität Wuppertal,  
Autor des Praxiskommentars zum Arbeitsschutzrecht  
(Bund-Verlag)

12:15 Uhr Mittagsimbiss

13:30 Uhr **Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung im  
Betriebsverfassungsrecht**

Referentin: Frau Dr. Silke Kohlschitter, Richterin am ArbG Frankfurt  
am Main

15:30 Uhr „Auf ein Glas, auf ein Wort“

Bei Interesse wenden Sie sich gerne an unsere Mitarbeiterin, Frau Michaela Winkler, in unserem Frankfurter Büro.

(frankfurt@schwegler-rae.de, Tel.: 069/216599-0, Fax: 069/216599-18)





## **Sabrina Staack / Karsten Sparchholz**

„Auf die richtige Einstellung kommt es an“. Fragen rund um die Beteiligung des Betriebsrats bei Einstellungen  
in: Arbeit im Betrieb 2013, 150 ff.

## **Manfred Bobke-von Camen**

Verhandelte Mitbestimmung im multinationalen Konzern – Chancen und Risiken der SE-Beteiligungsvereinbarung  
in: Wolfgang Däubler/Reingard Zimmer (Hrsg.) – Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher, Baden-Baden 2013, 377 ff.

Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien – Herausforderungen für die unternehmerische Praxis  
in: Düwell u.a. (Hrsg.) – Bewegtes Arbeitsrecht, Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag, Neuwied 2006, 675 ff.

## **Dr. Michael Bachner**

Aufsichtsratswahl: Überkreuzwahl im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen  
in: Arbeitsrecht im Betrieb 2013, 615



**V.i.S.d.P.:**

RA Dr. Michael Bachner  
Schillerstraße 28  
60313 Frankfurt am Main  
[bachner@schwegler-rae.de](mailto:bachner@schwegler-rae.de)

**Kontakt:**

**Düsseldorf**

Königsallee 60 G  
D-40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211/300 43-0  
Fax: 0211/300 43-499  
[duesseldorf@schwegler-rae.de](mailto:duesseldorf@schwegler-rae.de)

Lorenz Schwegler  
Felix Laumen  
Yvonne Reinartz (geb. Goebel)  
Michael Schoden  
Dr. Johannes Vöcking  
Prof. Dr. Heinz Klinkhammer

Dr. Nadine Zeibig  
Dr. Michael Schwegler  
Simone Rohs  
Dr. Alexander Metz, LL.M.  
Charlotte Roth

**Berlin**

Unter den Linden 12  
D-10117 Berlin  
Tel.: 030/440137-0  
Fax: 030/440137-12  
[berlin@schwegler-rae.de](mailto:berlin@schwegler-rae.de)

Gunter Rose  
Michael Merzhäuser  
Ralf Trümner  
Heike Merzhäuser  
Dr. Sascha Lerch  
Sebastian Kolb  
Dr. Enrico Meier, M. A.

Karsten Sparchholz  
Dr. Lars Weinbrenner  
Sabrina Staack  
Johan Fischer  
Hans-Otto Umlandt  
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

**Frankfurt**

Schillerstraße 28  
D-60313 Frankfurt  
Tel.: 069/216599-0  
Fax: 069/216599-18  
[frankfurt@schwegler-rae.de](mailto:frankfurt@schwegler-rae.de)

Dr. Michael Bachner  
Peter Gerhardt  
Ariane Mandalka

**Köln**

Riehler Straße 36  
D-50668 Köln  
Tel.: 0221/35557-0  
Fax: 0221/35557-599  
[koeln@schwegler-rae.de](mailto:koeln@schwegler-rae.de)

Dieter Lenz  
Dr. Manfred Bobke-von Camen  
Dr. Herbert Grimberg  
Werner Lohre  
Özer Arslan  
Dr. Martin Wolmerath

**Oldenburg**

Am Festungsgraben 45  
D-26135 Oldenburg  
Tel.: 0441/9250-263  
Fax: 0441/25112  
[oldenburg@schwegler-rae.de](mailto:oldenburg@schwegler-rae.de)

Hajo A. Köhler  
Jürgen Oehlmann  
Katja Steinkampf

**Wissenschaftliche Berater:**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Bernhard Nagel  
Prof. Dr. Franz-Josef Düwell

**Kooperationspartner im  
Versicherungsrecht:**

Dr. Peter Schwabe (Köln)

**Hinweis und Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.