



**Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,**

unsere Kanzlei steht mit einem ausgeprägten Schwerpunkt für die Beratung und Vertretung von Arbeitnehmern und ihren Interessenvertretungen im Betrieb, den Betriebs- und Personalräten. Am 23. September 2009 haben wir im Rahmen einer Kanzleiveranstaltung ein bisher vielleicht weniger beachtetes, obgleich nicht unbedeutenderes Tätigkeitsfeld in das Blickfeld potentieller Ansprechpartner gerückt: die Beratung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat mitbestimmter Gesellschaften. Anlass hierzu gab die neue Gesetzgebung zur Regelung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und der – nunmehr hervorgehobenen – Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Angemessenheit derselben. Einen Bericht über die Veranstaltung finden Sie in dieser Ausgabe 2/2009 unseres Newsletters.

In der Rechtsprechungsübersicht haben wir im Hinblick auf die ungebrochene Aktualität des Themas einen Schwerpunkt auf individual- und kollektivrechtliche Fragen der Altersdiskriminierung gelegt. Diese stellen sich, wie an den ausgewählten Entscheidungen ersichtlich, auch für Betriebsräte bei der Suche nach ausgewogenen und gleichzeitig rechtssicheren Sozialplanregelungen – die in der derzeitigen Wirtschaftskrise leider in vielen Betrieben gefunden werden müssen.

Wir wünschen eine anregende Lektüre.

**Ihr Team**

***„Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen“***

**Ihr Team**

in Düsseldorf-Berlin-Frankfurt/Main-Köln finden Sie auf der letzten Seite sowie unter [www.schneider-schwiegler.de](http://www.schneider-schwiegler.de)



## **Inhaltsverzeichnis:**

<b>A.</b>	<b>Rückblick: Spezial-Kanzleiveranstaltung für Aufsichtsräte am 23.09.2009</b>	S. 3
<b>B.</b>	<b>Kollektives Arbeitsrecht</b>	
	<b>Betriebsverfassungsrecht</b>	
1.	<b>Altersdifferenzierung im Sozialplan</b> Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.05.2009, 1 AZR 198/08	S. 6
2.	<b>PC für die Betriebsratsarbeit</b> LAG Bremen, Beschluss vom 04.06.2009, 3 TaBV 4/09	S. 10
3.	<b>Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Einführung von Selbstbedienungskassen</b> LAG Hannover, Beschluss vom 05.05.2009, 1 TaBV 28/09	S. 12
<b>C.</b>	<b>Individuelles Arbeitsrecht</b>	
4.	<b>Schadensersatzklage wegen Altersdiskriminierung</b> LAG Köln, Urteil vom 01.09.2009, 7 Ta 184/09	S. 14
5.	<b>Diskriminierung wegen des Alters</b> Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08	S. 17
6.	<b>Sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung bei Freistellung von der Arbeit</b> Bundessozialgericht, Urteil vom 24.09.2008, B 12 KR 22/07 R	S. 20
7.	<b>Auslegung von Freistellungserklärungen</b> LAG Hamm, Urteil vom 26.05.2009, 14 Sa 263/09	S. 22
<b>D.</b>	<b>Aktuelle Veröffentlichungen</b>	S. 24
<b>E.</b>	<b>Veranstaltungen</b>	S. 25



### **Spezial-Kanzleiveranstaltung für Aufsichtsräte am 23. September 2009**

Unser „Kanzleigespräch“, die zweimal jährlich stattfindende Veranstaltung für Arbeitnehmervvertretungen, war am 23. September 2009 erstmals einem Thema für Aufsichtsratsmitglieder gewidmet: Der durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 5. August 2009 in den Blickpunkt gerückten Verantwortung des Aufsichtsrats für die Vorstandsvergütung.

Anlass für das Tätigwerden des Gesetzgebers waren die gesamtwirtschaftlichen Probleme, die mit einer weit verbreiteten, schädliche Anreize setzenden Art der Vorstandsvergütung in Verbindung gebracht werden, nicht zuletzt aber auch die öffentliche Aufmerksamkeit, die als zu hoch empfundenen Vorstandsgehältern seit längerer Zeit gilt. Mit dem VorstAG wurde ein Kompromiss gefunden, der dafür sorgen soll, dass ohne einen direkten Eingriff des Gesetzgebers in die Vergütungshöhe zukünftig „angemessene“ Vergütungsvereinbarungen getroffen werden: Die Verantwortung für die angemessene Vorstandsvergütung bleibt allein in den Händen der Aufsichtsratsmitglieder. Die gesetzlichen Vorgaben, welche Anreize eine Vergütungsregelung sinnvollerweise setzen soll, und die Kriterien für die Angemessenheitsprüfung sind nun bestimmter gefasst.

Als Kanzlei, die auch Aufsichtsräte berät, fühlten wir uns herausgefordert, nicht nur die mit der Neuregelung offensichtlich erhöhten Haftungsrisiken einzuschätzen und entsprechende Vorschläge zur Haftungsvermeidung zu unterbreiten, sondern auch die mit dem Verantwortungszuwachs verbundenen Chancen der Arbeitnehmervertreter näher zu beleuchten.

Für die Betrachtung des Themas aus unterschiedlichen Blickwinkeln konnten wir drei hochkarätige Referenten gewinnen:

### Newsletter Nr. 2 / 2009



Frau **Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin**, Rechtsanwältin bei Schneider : Schwegler Rechtsanwälte, Bundesjustizministerin a. D. und bis zu den letzten Wahlen Bundestagsmitglied, referierte unter der Überschrift „Entstehung, Inhalt und Ziele des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung“. Als Initiatorin des Deutschen Corporate Governance Codex, der in ihrer Amtszeit als Bundesjustizministerin entstand und mit dem über grundsätzlich freiwillige Regelungen seit einigen Jahren eine bessere Unternehmensführung angestrebt wird und zum Teil auch bereits erreicht wurde, war Frau Prof. Dr. Däubler-Gmelin ausgewiesene Expertin für die Frage, welche dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Mechanismen geeignet sein könnten, im Zusammenhang mit einer guten Unternehmensführung auch die dazugehörige angemessene Vorstandsvergütung sinnvoll zu regeln. Aufschlussreich war schließlich auch die Darstellung der Gesetzesentstehung unter Einbeziehung von Vorschlägen teils zur Verschärfung, teils zur „Verwässerung“, die in der zuletzt verabschiedeten Fassung jedoch keinen Niederschlag gefunden haben. Gerade dieser Teil der Entstehungsgeschichte gibt für die historische Auslegung des Gesetzes wichtige Anhaltspunkte, nachdem davon auszugehen ist, dass im Gesetzgebungsverfahren erfolglos gebliebenen Änderungsabsichten in der unternehmerischen Anwendungspraxis erneut in Erscheinung treten werden.

Herr **Dr. Heinz Evers**, ehemaliger Geschäftsführer der Kienbaum Vergütungsberatung und seit Jahren mit der Vorstandsvergütung befasst, referierte über die „Vorstandsvergütung nach der Krise“. Er leitete seinen Vortrag mit einer eingehenden Analyse der Vergütungshöhe und –struktur von Vorständen in den vergangenen Jahrzehnten ein, wonach durch harte Fakten zunächst die Erwartung der meisten Anwesenden bestätigt wurde, dass die Vorstandsvergütung – insbesondere der DAX-Vorstände – in den letzten Jahren exorbitant angestiegen ist und sich von der allgemeinen Lohnentwicklung vollkommen abgekoppelt hat. Dieser folgte eine weitere Analyse der Vergütungsstruktur, mit der Dr. Heinz Evers aufzeigte, dass – neben einer Erhöhung der Grundgehälter – ein großer Teil der Vergütungserhöhung im variablen Bereich für die Erfüllung von Kriterien fließt, die nur kurzfristige und damit für die positive Unternehmensentwicklung falsche Anreize setzen. Diese müssen durch nachhaltige Ziele ersetzt werden, die auf langfristigen Unternehmenserfolg abzielen und in diesem Sinne auch bisher wenig beachtete Kriterien einbeziehen, z. B. die Vermeidung von Kündigungen bei erforderlichem Personalabbau.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



Mit reichlich Erfahrung aus der Praxis von Vergütungsvereinbarungen sprach schließlich **Prof. Dr. Heinz Klinkhammer**, ehemaliger Personalvorstand der Telekom, zum Thema „Vergütungsfragen im Aufsichtsrat – Handlungsoptionen und Haftungsfragen“. Die Erweiterung von Handlungsoptionen für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wurde von Herrn Prof. Dr. Klinkhammer eindeutig bejaht. Das Vergütungssystem setzt Handlungsanreize für den Vorstand. Die dem Vorstand gesetzten Ziele müssen daher mit den – auch in der Strategiediskussion des Aufsichtsrats herauszuarbeitenden – Unternehmenszielen übereinstimmen. Das VorstAG schafft gute Rahmenbedingungen dafür, die Vorstandsvergütung als Steuerungsinstrument zu nutzen, um in Abkehr vom reinen Shareholder-Value-Prinzip mit seiner zu oft zu kurzfristigen Renditeorientierung im Sinne des Unternehmenswohls zukünftig auch Stakeholderinteressen stärker zu berücksichtigen. Die Steuerungsmöglichkeiten ergeben sich aus der Festsetzung der Vergütung, der Reduzierung einer bereits festgesetzten unangemessenen Vergütung und dem Zwang, zukünftig statt eines Ausschusses den gesamten Aufsichtsrat mit der Vergütungsfrage zu befassen.

**Verschiedene Unterlagen zu der Veranstaltung finden Sie im Internet unter [www.schneider-schwegler.de](http://www.schneider-schwegler.de), Newsletter.**

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 1. Altersdifferenzierung in Sozialplan

- BAG, Urteil vom 26.05.2009, 1 AZR 198/08 -

##### Leitsätze:

1. Sozialpläne dürfen eine nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen. Sie dürfen für rentenberechtigte Arbeitnehmer Sozialplanleistungen reduzieren oder ganz ausschließen. Die damit verbundene unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt.
2. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verstößt nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Die Regelung ist iSv Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG durch ein vom nationalen Gesetzgeber verfolgtes legitimes Ziel gerechtfertigt. Es entspricht einem allgemeinen sozialpolitischen Interesse, dass Sozialpläne danach unterscheiden können, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren.

##### Sachverhalt:

Der im August 1946 geborene Kläger war bei der Beklagten 43 Jahre beschäftigt. Ein von der IG Metall gegen Massenentlassungen organisierter Arbeitskampf wurde dadurch beendet, dass am 1. Juni 2006 die beklagte Arbeitgeberin, die IG Metall und der Betriebsrat des Berliner Betriebs der Beklagten eine Vereinbarung schlossen, die u. a. die Stilllegung der Produktion von Mobilbaggern und Radlagern zum 30. November 2006, die Kündigung von 333 Arbeitnehmern sowie den Abschluss eines Interessenausgleichs und eines Sozialplans vorsah. Bereits diese Vereinbarung enthielt für die Abfindungsberechnung u. a. eine Differenzierung nach Altersgruppen. Diese wurde in den im Oktober 2006 abgeschlossenen Sozialplan mit folgender Formulierung übernommen:

„§ 5 Abfindungen

(1) Die Abfindung setzt sich aus (a) einem Grundbetrag und (b) etwaigen Zuschlägen für Kinder und Schwerbehinderung zusammen.

(a) Grundbetrag

- bis zu 59-jährige Mitarbeiter erhalten eine Abfindung nach folgender Berechnungsformel:  
Faktor 1,36 x vollendete Beschäftigungsjahre x (Jahresbruttoeinkommen 2005/12) [...]

- Arbeitnehmer, die älter als 59 Jahre sind, erhalten für jeden ihnen bis zum 63. Lebensjahr noch fehlenden Monat, abzüglich der (gegebenenfalls fiktiven) Verweildauer in der Transfergesellschaft einen Betrag von € 1.700,00, zuzüglich einer Zahlung von € 20.000,00.

- Bezieher von Erwerbsunfähigkeitsrente erhalten ein Drittel der Abfindung.

- Stichtag für die Berechnung des Alters und der Beschäftigungsjahre ist der 30.06.2009. [...]

(4) Die Abfindung, die sich aus dem Grundbetrag gemäß Absatz 1 ergibt, ist in jedem Fall auf € 120.000,00 pro Arbeitnehmer begrenzt. [...]

Die Beklagte hat an den Kläger eine Abfindung für „Arbeitnehmer, die älter als 59 Jahre alt sind“ gemäß § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 2 ausgezahlt. Diese betrug EUR 60.800,00. Der Kläger verlangte die Differenz zur Höchstabfindung von EUR 120.000,00 mit der Begründung, diese ergebe sich auf der Grundlage der in § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 1 festgelegten Formel in Verbindung mit der Höchstbetragsklausel nach Abs. 4. Die auf ihn angewandte Schlechterstellung in § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 2 des Sozialplans verstoße gegen das Verbot der Altersdiskriminierung und sei deshalb unwirksam. Die Vorinstanzen haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Differenzierung nach Altersgruppen sei rechtmäßig.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### Hinweis:

Der Sachverhalt ist im Folgenden nur insoweit dargestellt, als dies auch für die im Leitsatz wiedergegebenen und untenstehend erläuterten Kernaussagen der Entscheidung relevant ist. Sachverhalt und Entscheidungsgründe befassen sich darüber hinaus aber noch mit einem bemerkenswerten Fall von „iudex non calculat“: Erst dem BAG fiel auf, dass der im August 1946 geborene Kläger – was streitentscheidend und bis dahin nicht problematisiert worden war – zum für die Altersgruppenregelung maßgeblichen Stichtag 30. Juni 2006 „bis zu 59jährig“ und nicht „älter“ war. Zur Absicherung dieses Ergebnisses bedurfte es Ausführungen im Umfang von etwa einer DIN-A4-Seite.

#### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Da der Kläger nicht dem in den ersten beiden Instanzen im Mittelpunkt stehenden § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 2, sondern Unterpunkt 1 unterfiel und es für das Bestehen des Abfindungsanspruchs auf die Wirksamkeit dieser Regelung ankam, hat das BAG geprüft, inwieweit die Abfindungsformel selbst sowie ihre Beschränkung auf bis zu 59jährige Mitarbeiter rechtswirksam sind. Dabei hat es bei der Überprüfung eines Sozialplans auf Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht erstmals – auch – das am 8. August 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) berücksichtigt.

Das BAG hat das Vorliegen einer mittelbaren und einer unmittelbaren Benachteiligung festgestellt und beides als gerechtfertigt angesehen.

Die auf den Kläger anzuwendende Abfindungsformel des § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 1 enthält zunächst eine mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG) jüngerer Arbeitnehmer, indem sie die Anzahl der Beschäftigungsjahre bei der Abfindungsberechnung berücksichtigt. Eine längere Betriebszugehörigkeitsdauer, die sich signifikant auf die Abfindungshöhe auswirken könnte, können aber nur ältere Arbeitnehmer erworben haben. Dennoch verstößt die Ungleichbehandlung weder gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Die Ungleichbehandlung ist durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt und deshalb nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. § 10 Satz 1 und 2 AGG gestatten eine unter-

schiedliche Behandlung wegen des Alters, wenn diese objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und wenn die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG präzisiert dies dahingehend, dass die Betriebsparteien in Sozialplänen eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen können, in der sie die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigen, oder auch Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausschließen können, weil diese – gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld – rentenberechtigt sind.

#### Praxistipp:

Im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer in Abfindungsformeln hat das BAG auch nochmals klargestellt, dass Sozialpläne zwar eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion haben und kein zusätzliches Entgelt für in der Vergangenheit erbrachte Dienste gewähren sollen, dass diesem Zweck aber die Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit nicht entgegensteht. Die Betriebsparteien dürfen im Hinblick auf den Sinn und Zweck von Sozialplänen Gruppen bilden, und sie dürfen (und müssen wohl auch) bei der Gruppenbildung typisieren und pauschalieren. Dabei dürfen die Betriebsparteien typisierend davon ausgehen, dass sich mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit die Qualifikation zunehmend auf die spezifischen Bedürfnisse des bisherigen Beschäftigungsbetriebes verengt und damit die Chancen auf dem Arbeitsmarkt abnehmen.

Die Gestaltungsfreiheit der Betriebsparteien umfasst auch die mit der gewählten Formel verbundene Linearität der Steigerung. Diese Form der Typisierung wird vom BAG nicht weiter problematisiert. Damit dürfte jedenfalls die Überlegung hinfällig sein, ob die Betriebsparteien nach Inkrafttreten des AGG gezwungen sein könnten, statt der mit der Aufnahme des Faktors „Betriebszugehörigkeit“ entstehenden Linearität „maßgeschneiderte“ Formeln für verschiedene Altersgruppen herzustellen, für die zumindest Nachforschungen bei der örtlichen Bundesagentur für Arbeit über die Chancen verschiedener Altersgruppen auf dem Arbeitsmarkt anzustellen wären.



### Newsletter Nr. 2 / 2009



Auch verstößt der maßgebliche § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Die Bestimmungen des AGG dienen der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG. Nach Art. 16b) der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden – z. B. altersdiskriminierenden – Bestimmungen u. a. in Arbeits- und Tarifverträgen sowie in Betriebsordnungen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden. Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Bei der Festlegung der Ziele und Mittel haben die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum, den sie teilweise an die Sozialpartner weitergeben dürfen, um diesen die im Einzelfall erforderliche Flexibilität zu ermöglichen. Von diesem in der Richtlinie eröffneten Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber in zulässiger Weise Gebrauch gemacht.

Der auf den Kläger letztendlich doch nicht anwendbare § 5 Abs. 1a) Unterpunkt 2 des Sozialplans enthält eine unmittelbare Benachteiligung älterer Arbeitnehmer, da deren Abfindungen im Vergleich zur Berechnung nach der Formel in Unterpunkt 1 typischerweise gekürzt werden. Auch diese Benachteiligung ist jedoch nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG, der auch insoweit gemeinschaftsrechtskonform ist, gerechtfertigt. Die Betriebsparteien sind berechtigt, durch die Reduzierung der Sozialplanabfindungen bei rentennahem Ausscheiden im Interesse der Verteilungsgerechtigkeit das weitere Anwachsen der Abfindungen trotz abnehmender Schutzbedürftigkeit

zu korrigieren. Die hier getroffene Regelung wird dem gerecht. Unterpunkt 2 erfasst nur Arbeitnehmer, die nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I ohne zeitliche Lücke rentenberechtigt sind. Die Kombination unterschiedlicher Berechnungsformeln für die Abfindung ist bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ebenfalls nicht zu beanstanden. Dieser liegt hier darin, dass sich bei rentennahen Jahrgängen die zu besorgenden wirtschaftlichen Nachteile typischerweise konkreter einschätzen lassen als bei rentenfernen. Ist ein Stichtag für die Zuordnung der Arbeitnehmer zu der einen oder anderen Abfindungsberechnung – wie hier – sachgerecht, sind damit im Einzelfall verbundene Härten im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Die Verhandlung von Sozialplänen hat in der aktuellen Wirtschaftskrise leider an Bedeutung zugenommen. Gerade – aber nicht nur – für krisenbedingte Sozialpläne stehen jedoch nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung. Die Entscheidung des BAG stellt nun nochmals klar, dass der den Betriebsparteien – EG-rechtskonform – vom Gesetz eingeräumte Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum erheblich ist und dass verschiedene Regelungen für ältere und jüngere Arbeitnehmer nicht nur nach BetrVG und AGG nicht untersagt sind, sondern sogar geboten sein dürften.

Mit der Entscheidung steht fest, dass das BAG auch unter Geltung des AGG auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung zur Altersgruppenbildung und zu Stichtagsregelungen bei der Abfindungsformel bleibt. Eine zum gleichen Ergebnis kommende Entscheidung, die die Gruppenbildung und Altersstichtage in einem vor Geltung des AGG abgeschlossenen Sozialplan betraf, hat das BAG z. B. am selben Tag (26.05.2009 - 1 AZR 212/08) getroffen.



### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### **Praxistipp:**

Die Rechtmäßigkeit der Höchstbetragsgrenze für die Abfindung von EUR 120.000,00 hat in diesem Verfahren niemand mehr in Zweifel gezogen. Es bleibt demnach auch unter Geltung des AGG bei der Rechtsprechung des BAG, dass Höchstbetragsgrenzen zulässig sind. Diese korrigieren lediglich – auch im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit – eine überproportionale Begünstigung von Beschäftigten mit langjähriger Betriebszugehörigkeit, wenn sich die Abfindung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Verdienst berechnet.

Bei der Festlegung der Höchstbetragsgrenze ist zu berücksichtigen, dass die wirtschaftlichen Folgen der Betriebsänderung für die Betroffenen „substantiell abgemildert“ werden sollen. Einen Höchstbetrag von EUR 85.000,00 hat das BAG diesbezüglich am 21.07.2009 (1 AZR 566/08) für ausreichend gehalten.

Ist die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer noch überschaubar, sollte der Betriebsrat bei der Bildung von Altersgruppen und der Festlegung von Stichtagen nach Möglichkeit eine Gestaltung anstreben, die einen Ausschluss von knapp vor oder nach relevanten Stichtagen geborenen Arbeitnehmern vermeidet, da dieser naturgemäß als besondere Härte empfunden wird. Ein hinreichender Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum dürfte in der Regel gegeben sein.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 2. PC für die Betriebsratsarbeit

- LAG Bremen, Beschluss vom 04.06.2009, 3 TaBV 4/09 -

##### Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber ist nach § 40 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat die zur Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderliche Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Auch bei einem Verlangen des Betriebsrats auf Überlassung von Informations- und Kommunikationstechnik ist daher grundsätzlich eine Erforderlichkeitsprüfung vorzunehmen. Maßgeblich kommt es dabei auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats an.
2. Bei der Zurverfügungstellung einer EDV-Grundausstattung (PC nebst Peripheriegeräten und Software) handelt es sich regelmäßig um unverzichtbare Arbeitsmittel des Betriebsrats. Weitere Darlegungen zur Begründung ihrer Erforderlichkeit bedarf es daher grundsätzlich nicht (Abweichung v. BAG, Beschluss v. 16.05.2007, 7 ABR 45/06, AP Nr. 90 zu § 40 BetrVG 1972). Anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn es sich um Kleinbetriebe handelt oder sonstige Umstände das Verlangen nach einer EDV-Grundausstattung unverhältnismäßig erscheinen lassen, z. B. weil der Arbeitgeber selbst an den Schnittstellen zur Tätigkeit des Betriebsrates keinerlei EDV einsetzt.

##### Sachverhalt:

Antragsteller war der siebenköpfige Betriebsrat einer für vergleichbare Beschlussverfahren bekannten Drogeriemarktkette, der seine Ausstattung mit einem PC nebst Software und Zubehör verlangt hatte. Die Zuständigkeit des Betriebsrats erstreckt sich wegen eines Tarifvertrages, der jeweils mehrere Verkaufsstellen zu Betrieben zusammenfasst, auf einen Bezirk mit 35 Verkaufsstellen mit ca. 150 Beschäftigten. Dem Betriebsrat stand für seine Arbeit eine elektrische Schreibmaschine ohne Speicherfunktion zur Verfügung. Einige andere Betriebsräte des Unternehmens sowie der Gesamtbetriebsrat verfügen über einen PC. Die Verkaufsstellen im Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats sind allesamt nicht mit PCs ausgestattet.

An den Schreibtischarbeitsplätzen in den Verkaufsbüros des Arbeitgebers gibt es PCs. Auch den Verkaufsleitern werden PCs gestellt. Die Bezirksleiter nutzen ihre privaten PCs. Bei der Verhandlung einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit hat der Arbeitgeber zur Erstellung der Entwürfe auf EDV zurückgegriffen. Der Betriebsrat hat den privaten PC der Vorsitzenden genutzt. Der Austausch mit dem Vorsitzenden der erforderlich gewordenen Einigungsstelle erfolgte über E-Mail.

##### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das LAG Bremen hat dem Antrag stattgegeben. Es hat den Grundsatz aufgestellt, dass es sich bei der vom Betriebsrat begehrten PC-Grundausstattung regelmäßig um ein unverzichtbares Arbeitsmittel für die Betriebsratsarbeit handelt, welches in einer Reihe steht mit Stiften, Papier, Gesetzestexten und -kommentierungen. Zu berücksichtigen ist, dass der EDV-Einsatz – vom LAG Bremen durch Hinzuziehung eindeutiger Statistiken belegt – zur Normalität geworden ist. Vom Betriebsrat kann daher nicht verlangt werden, den Bedarf nach einer PC-Grundausstattung besonders zu begründen. Etwas anderes kann nur in Ausnahmefällen gelten, wenn das Verlangen nach Ausstattung mit einem PC unverhältnismäßig erscheint. Dies kann in Kleinbetrieben, aber auch aus anderen Gründen der Fall sein, z. B. dann, wenn auch der Arbeitgeber selbst in der Kommunikation mit dem Betriebsrat keine EDV einsetzt. Mit dem Beschluss hat das LAG Bremen sich gegen die noch nicht lange zurückliegende Entscheidung des BAG vom 16.05.2007 (7 ABR 45/06) gewandt und deshalb die – dann aber nicht eingelegte – Revision zum BAG zugelassen. Das BAG hatte den EDV-Einsatz an weitaus engere Voraussetzungen gebunden und war dafür viel kritisiert worden. Zu Recht fragt das LAG Bremen, wie ein Betriebsrat angesichts des umfangreichen Aufgabekatalogs des § 80 Abs. 1 BetrVG der Anforderung der BAG-Rechtsprechung genügen und jeweils im Einzelnen darlegen soll, welchen Pflichten genau er mangels EDV-Ausstattung nicht nachkommen könnte. Nimmt ein Betriebsratsmitglied seine Aufgaben ernst, kann die wenig effektive Bearbeitung ohne PC außerdem zu dem vom Gesetzgeber unerwünschten Ergebnis führen, dass es Betriebsratsaktivitäten in die Freizeit verlagert, um private EDV zu nutzen.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### **Bedeutung für die Praxis:**

Ein Arbeitsalltag ohne EDV-Nutzung erscheint heutzutage aus gutem Grund (Zeit- und Kostenersparnis, Nutzung von Informationsquellen) den meisten unvorstellbar. Genau so ergeht es vielen Betriebsräten, die bereits über einen PC verfügen. Streitigkeiten wie die oben dargestellte sollten vor diesem Hintergrund eigentlich vermeidbar sein, zumal der Arbeitgeber – und auch darauf weist das LAG Bremen hin – sich selbst keinen Gefallen damit tut, wenn die Betriebsratsmitglieder einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitszeit mit unnötigen Schreibarbeiten verbringen; die Kosten hierfür dürften die Kosten für Anschaffung und Betrieb eines PCs bereits nach kurzer Zeit übersteigen. Der Verdacht des hier betroffenen Betriebsrats, Ziel der Verweisung auf die handschriftliche Anfertigung von Schriftstücken sei auch eine Herabwürdigung des Betriebsrats, dürfte vor diesem Hintergrund nicht ganz aus der Luft gegriffen sein.

Bedauerlich ist, dass offenbar die Revision nicht eingelegt wurde, so dass das BAG keine Gelegenheit bekommt, seine bereits im Jahr 2007 von vielen als unzeitgemäß empfundene Rechtsprechung zu überprüfen. Das LAG Bremen ist nicht das einzige Landesarbeitsgericht, das diese Rechtsprechung in Frage gestellt hat. Es bleibt zu hoffen, dass alle Landesarbeitsgerichte bei ihrer Linie bleiben und andere Instanzgerichte ihr folgen werden.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



### 3. Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Einführung von Selbstbedienungskassen

- LAG Hannover, Beschluss vom 05.05.2009, 1 TaBV 28/09 -

#### Leitsatz:

Die Einsetzung einer Einigungsstelle scheitert nicht daran, dass es ggf. an ausgleichspflichtigen wirtschaftlichen Nachteilen fehlt. Im Rahmen des Interessenausgleichsversuchs sind gem. § 111 Satz 3 Nr. 5 BetrVG wirtschaftliche Nachteile gesetzlich unterstellt. Die Gestaltung des Interessenausgleichs im Zusammenhang mit der teilweisen Einführung sog. Selbstbedienungskassen kann überdies noch zum Eintritt wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer führen.

#### Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin betreibt ein großes Einrichtungshaus mit etwa 250 Beschäftigten, von denen etwa 46 Beschäftigte im Bereich der Kassen und des Kassenbüros arbeiten. Von den 18 eingerichteten Kassen sollten neun abgebaut und durch Selbstbedienungskassen ersetzt werden; das Kassenbüro sollte aufgelöst werden. Der Betriebsrat hielt diese Maßnahme für eine mitbestimmungspflichtige Betriebsänderung und setzte der Arbeitgeberin eine Frist, innerhalb derer ein von ihm zu der Maßnahme erstellter Fragenkatalog beantwortet werden sollte. Nach Ablauf der Frist leitete der Betriebsrat das Einigungsstellenbesetzungsverfahren nach § 98 ArbGG ein mit dem Ziel, über einen Interessenausgleich und Sozialplan nach § 111 BetrVG zu verhandeln. Die Arbeitgeberin hat gegen die Einsetzung der Einigungsstelle u. a. eingewandt, keinem der betroffenen Arbeitnehmer würden ausgleichspflichtige Nachteile entstehen.

#### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das LAG Hannover hat wie auch das Arbeitsgericht Nienburg dem Antrag nach § 98 ArbGG auf Einsetzung der Einigungsstelle stattgegeben.

Zunächst hat es relativ knapp festgestellt, dass der Betriebsrat zu dem Zeitpunkt, zu dem die der Arbeitgeberin zur Beantwortung des Fragenkatalogs gesetzte Frist abgelaufen war, davon ausgehen durfte, dass die Verhandlungen zur Erzielung eines Interessenausgleichs und Sozialplans nach § 111 BetrVG gescheitert waren. Der Betriebsrat musste keine weiteren Einigungsversuche unternehmen, um zur Einleitung des Einigungsstellenbesetzungsverfahrens nach § 98 ArbGG berechtigt zu sein.

#### Hinweis:

Gegen den Antrag des Betriebsrats nach § 98 ArbGG wird von Arbeitgeberseite gerne eingewandt, die Verhandlungen seien noch nicht gescheitert. Das LAG Hannover geht davon aus, dass es im Ermessen jeder Betriebspartei steht, vom Scheitern der Verhandlungen auszugehen. Danach kann sich der Antragsgegner im Verfahren nach § 98 ArbGG jedenfalls nicht darauf berufen, die Verhandlungen seien nicht gescheitert, wenn er auf Versuche der anderen Betriebspartei, Verhandlungen aufzunehmen, nicht (rechtzeitig) reagiert hat. Andere Landesarbeitsgerichte stellen teilweise strengere Voraussetzungen an das Scheitern der Verhandlungen. Eine Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz vom 21.11.2008 mit ausführlichen Erläuterungen zum Thema findet sich in unserem Newsletter 1/2009, S. 11 ff..

Im Übrigen kann der Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle nach § 98 ArbGG nur abgelehnt werden, wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist. Dies war vorliegend nicht der Fall. Denkbar ist zumindest eine Betriebsänderung im Sinne der Einführung einer grundlegend neuen Arbeitsmethode gemäß § 111 Satz 3

### Newsletter Nr. 2 / 2009



Nr. 5 BetrVG, wenn die Beschäftigten an den Selbstbedienungskassen zukünftig nicht mehr selbst kassieren, sondern Kunden ihre Hilfe anbieten und sie überwachen müssen. Auch waren jedenfalls mehr als 10 % und damit ein hinreichender Teil der Belegschaft von der Maßnahme betroffen.

#### Hinweis:

§ 111 Satz 1 BetrVG spricht von Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile „für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft“ zur Folge haben können. Die Rechtsprechung geht daher davon aus, dass eine Maßnahme, um daseteiligungsrecht des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG auszulösen, mindestens 5 % der Belegschaft betreffen muss. Dies ist bei kleineren, die wenigen betroffenen Arbeitnehmer nichtsdestotrotz erheblich treffenden Maßnahmen ein häufiges Problem und im Idealfall Anlass, zumindest einen freiwilligen Sozialplan aufzustellen. Bei der Ermittlung der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer sollte der Betriebsrat im Übrigen nicht zu schnell klein beigeben: Zu berücksichtigen sind immer auch die nur mittelbar von Maßnahmen betroffenen Arbeitnehmer, bei Kündigungen also z. B. diejenigen, die ggf. umverteilte Arbeit auffangen müssen.

Außerdem hat das LAG Hannover im Verfahren nach § 98 ArbGG nicht geprüft, ob wirtschaftliche Nachteile für die Arbeitnehmer eintreten würden, da dies bereits nicht Voraussetzung für die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens ist. Bei den Voraussetzungen einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 3 Nr. 5 BetrVG werden die wirtschaftlichen Nachteile durch das Gesetz unterstellt. Die Prüfung, ob ausgleichspflichtige Maßnahmen tatsächlich eintreten, hat die Einigungsstelle selbst vorzunehmen. Die Ausgleichspflicht hängt zunächst davon ab, ob und wie es den Betriebsparteien gelingt, den Interessenausgleich zu gestalten. Sollte sich herausstellen, dass im Ergebnis keine wirtschaftlichen Nachteile eintreten, kann die Aufstellung eines Sozialplans unterbleiben.

#### Bedeutung für die Praxis:

Die Entscheidung verdeutlicht nochmals mehrere Aspekte des Einigungsstellenverfahrens. Mit Vorsicht zu genießen ist die großzügige Annahme des Scheiterns der Verhandlungen bereits dann, wenn einmalige Anfragen des Betriebsrats zu einer geplanten Maßnahme nicht bzw. nicht fristgerecht beantwortet werden. Ob dies dem Ziel gerecht wird, zunächst eine Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ohne die Hinzuziehung Dritter zumindest ernsthaft zu versuchen, darf bezweifelt werden. Davon abgesehen gibt die sehr kurze Entscheidung aber ein gutes Beispiel dafür, worauf sich eine Prüfung zu beschränken hat, bei der es nur darum geht, ob die Unzuständigkeit der Einigungsstelle „offensichtlich“ ist. Dies gibt Sicherheit bei der Einschätzung, ob der Betriebsrat ein Verfahren zur Einsetzung der Einigungsstelle anstreben soll, wenn – wie häufig – der Arbeitgeber bestreitet, dass eine Maßnahme eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG darstellt. Und schließlich weist das LAG Hannover auf den sehr wichtigen Umstand hin, dass bei den in § 111 Satz 3 Nr. 1 bis 5 BetrVG beispielhaft genannten Betriebsänderungen vermutet wird, dass diese einen wirtschaftlichen Nachteil für die betroffenen Arbeitnehmer nach sich ziehen, und dass dieser Aspekt für die Einsetzung einer Einigungsstelle keine Rolle spielt. Dieses Ergebnis ist nach der Systematik des Gesetzes auch zwingend: Denn in der Einigungsstelle soll zunächst versucht werden, einen – nicht erzwingbaren – Interessenausgleich zu verhandeln. Dabei geht es um eine Einflussnahme auf die Maßnahme selbst – sprich darum, drohende Nachteile nach Möglichkeit von vornherein zu verhindern. Erst wenn und soweit dies nicht erreicht werden kann, sind wirtschaftliche Nachteile im Sozialplan auszugleichen.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 4. Schadensersatzklage wegen Altersdiskriminierung

- LAG Köln, Urteil vom 01.09.2009, 7 Ta 184/09 -

##### Leitsatz:

1. Eine Kündigung, die angeblich auf einer Altersdiskriminierung beruhen soll, könnte nicht zugleich nach § 1 Abs. 2, 3 KSchG sozial gerechtfertigt sein.
2. Versäumt es die Arbeitnehmerin, gegen eine ordentliche Kündigung, auf die das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, gemäß § 4 KSchG rechtzeitig Kündigungsschutzklage zu erheben, so dass die Kündigung jedenfalls gemäß § 7 KSchG Wirksamkeit erlangt, ist eine spätere Schadensersatzklage wegen Altersdiskriminierung auf Ersatz eines nach Ablauf der Kündigungsfrist eintretenden Minderverdienstes wegen fehlender Kausalität von vornherein unschlüssig.

##### Sachverhalt:

Die Antragstellerin hat Prozesskostenhilfe beantragt, um ihren ehemaligen Arbeitgeber auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Dieser hatte das Arbeitsverhältnis am 01.09.2008 gekündigt. Bezeichnet war die Kündigung als betriebsbedingt; im Prozess legte der Arbeitgeber aber dar, er habe gekündigt, weil die Antragstellerin immer wieder geäußert habe, nicht mehr bei ihm arbeiten zu wollen. Nach – unschlüssig gebliebener – Behauptung der Antragstellerin erfolgte die Kündigung ohne ihr eigenes Zutun ausschließlich deshalb, weil sie älter war als ihre Kolleginnen. Gegen die Kündigung hat die Antragstellerin innerhalb der für die Klageeinreichung geltenden Dreiwochenfrist ab Zugang des Kündigungsschreibens keine Klage erhoben.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist bezog die Antragstellerin Arbeitslosengeld. Sie beantragte Prozesskostenhilfe für den Antrag, festzustellen, dass der ehemalige Arbeitgeber Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen ihrem letzten Nettoeinkommen und ihrem aktuellen Einkommen – dem Arbeitslosengeld – schulde.

Das Arbeitsgericht Bonn hatte den Antrag abgelehnt.

##### Inhalt und Einordnung der Entscheidung::

Dem Antrag auf Prozesskostenhilfe ist stattzugeben, wenn die beabsichtigte Klage Aussicht auf Erfolg hat und die Rechtsverfolgung nicht mutwillig ist (§ 114 ZPO). Mutwillig ist die beabsichtigte Rechtsverfolgung, wenn eine Partei, die für die Prozesskosten selbst aufkommen müsste, eine derartige Klage vernünftigerweise nicht erheben würde. Die Mutwilligkeit ergibt sich von selbst, wenn – wie hier vom LAG Köln angenommen – schon die Erfolgsaussichten der Klage nicht gegeben sind.

Das LAG Köln stellt zunächst fest, dass das Kündigungsschutzgesetz eine Kündigung wegen des Alters einer Person nicht zulässt. Sollte es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handeln und einer von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern gerade wegen seines höheren Alters gekündigt werden, wäre auch diese betriebsbedingte Kündigung wegen fehlerhafter Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 2, 3 KSchG ohne Weiteres unwirksam.

Wirksam geworden ist die Kündigung nur deshalb, weil die Antragstellerin sie nicht angegriffen hat (§ 7 KSchG). Für die drei Wochen nach Zugang der Kündigung eintretende Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG ist grundsätzlich unerheblich, aus welchen Gründen die Kündigung unwirksam gewesen wäre.

Das LAG rechnet der Antragstellerin nun zu, dass sie die Kündigung nicht angegriffen hat. Denn dies hätte den Eintritt des Schadens verhindert. Ob damit die Kausalität des Kündigungsausspruchs für den Schadenseintritt entfällt, wie das LAG formuliert, ist zwar fraglich. Der Antragstellerin dürfte aber jedenfalls ein – im Schadensersatzrecht gemäß oder analog § 254 BGB immer zu prüfendes – Mitverschulden anzulasten sein. Mitverschulden führt zwar wiederum nicht zwingend zum völligen Ausschluss. Für den Anspruchsausschluss dürfte jedoch die vom LAG an anderer Stelle angestellte Erwägung zutreffen, dass das deutsche Arbeitsrecht ein „Dulde und liquidiere“ nicht kennt. Das Kündigungsschutzgesetz räumt vielmehr dem Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses absoluten Vorrang ein, ohne dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen Bestandsschutz und finanziellen Entschädigungsansprüchen zu gewähren. Dass dies „jedenfalls im allgemeinen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes“ auch für sein Verhältnis zum AGG gilt,



### Newsletter Nr. 2 / 2009



ergibt sich aus § 2 Abs. 4 AGG („Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.“).

#### Hinweis:

Die vorsichtige Formulierung des LAG Köln beruht darauf, dass nach wie vor nicht in allen Punkten geklärt ist, inwieweit es den Vorgaben des EG-Rechts widersprechen könnte, dass die Vorschriften über Altersdiskriminierungen auf Kündigungen nicht anwendbar sein sollen. Das BAG (Urteil vom 06.11.2008 – 2 AZR 523/07) hat hierfür folgende Lösung gefunden: Da Benachteiligungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG u. a. auch in Bezug auf Entlassungsbedingungen unzulässig sind und nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber im Widerspruch dazu in ein und demselben Paragraphen das Benachteiligungsverbot auf Kündigungen nicht angewandt wissen wollte, kann der Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG ausgelegt werden. Danach ist der Gesetzgeber so zu verstehen, dass das im Kündigungsschutzgesetz angelegte, ausdifferenzierte Kündigungsschutzsystem gewahrt werden sollte. Es sollte über das AGG in Verbindung mit der allgemeinen Nichtigkeitsbestimmung des § 134 BGB kein „zweites Kündigungsrecht“ entstehen. Stattdessen sollen die Diskriminierungstatbestände innerhalb der sozialen Rechtfertigung der Kündigung mit berücksichtigt werden, wodurch sie uneingeschränkt zur Geltung kommen.

Ob diese „Rechtsprechung zur Rettung der Systematik des KSchG“ auf Dauer haltbar ist, ist ungewiss. Am 08.10.2009 hat die EU-Kommission die Bundesrepublik Deutschland in einer schriftlichen Stellungnahme aufgefordert, die EU-Vorschriften zum Verbot der Diskriminierung des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf vollständig umzusetzen. Laut Auffassung der Kommission gewährleisten die nationalen Rechtsvorschriften nicht das geforderte Schutzniveau, da sie die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Kündigungen nicht wie in der Richtlinie gefordert verbieten.

Bei unterstellter Wirksamkeit der Kündigung gelänge man zum selben Ergebnis. Hier geht das LAG davon

aus, dass eine Kündigung, die gegen das Altersdiskriminierungsverbot verstößt, denknotwendig nicht nach § 1 KSchG Wirksamkeit erlangen könnte. Bezüglich § 15 Abs. 1 AGG als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wegen Diskriminierung stellt das LAG Köln außerdem fest, dass die in § 15 Abs. 4 AGG vorgesehene Zwei-Monats-Frist für die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs abgelaufen war.

#### Hinweis:

Das BAG hat in der im obigen Hinweis zitierten Entscheidung vom 06.11.2008 allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob und inwieweit durch die Integration der Diskriminierungsverbote in das Kündigungsschutzrecht ausgeschlossen wird, dass die Betroffenen von anderen im AGG vorgesehenen Rechten als dem Bestandsschutz Gebrauch machen. Gemeint sind §§ 13 (Beschwerderecht), 14 (Leistungsverweigerungsrecht), 15 (Entschädigung und Schadensersatz) und 16 (Maßregelungsverbot) AGG. §§ 13, 14 und 16 AGG passen mit ihren Regelungsgegenständen allerdings ohnehin zum Teil nicht auf Kündigungen.

Ob Schadensersatz nach § 15 AGG bei nicht angegriffener Kündigung auch ausgeschlossen ist oder der Kläger „dulden und liquidieren“ darf, hat das LAG Köln deshalb nicht eingehender problematisiert, weil der Anspruch nach § 15 Abs. 4 AGG verfristet war.

Auch die – viel kritisierte – kurze Geltendmachungsfrist von zwei Monaten steht jedoch seit kurzem endgültig auf dem Prüfstand. Das LAG Hamburg hat am 03.06.2009 (5 Sa 3/09) dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die kurze Frist gegen den Effektivitätsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts und das gemeinschaftsrechtliche Verschlechterungsverbot verstößt. § 15 Abs. 4 AGG sehe eine besonders kurze Frist ausgerechnet für Ansprüche aus umgesetztem Gemeinschaftsrecht vor, während etwa für Diskriminierungen über § 823 BGB die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren gelte. Nach hier wertungsmäßig zu berücksichtigender Ansicht des BAG verstießen Ausschlussfristen von weniger als drei Monaten gegen Treu und Glauben. Und die frühere Geltendmachungsfrist bei Diskriminierungen nach § 611a BGB betrug sechs Monate.



### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### **Bedeutung für die Praxis:**

In einem kurzen Beschluss über Prozesskostenhilfe hat das LAG Köln gleich mehrere Aspekte der Diskriminierungstatbestände prüfen müssen, die zum Teil noch ungeklärt bzw. Gegenstand von Vorlagefragen beim EuGH sind. Auch für den häufiger mit Kündigungen befassten Praktiker/Betriebsrat dürfte es sich lohnen, zu verfolgen, ob und inwieweit bei Kündigungen neben den Bestandsschutzgedanken tatsächlich irgendwann ein eingeschränktes „Dulde und liquidiere“ tritt und ob die kurze Zwei-Monats-Frist zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die der Sanktion von Diskriminierungen in der Praxis tatsächlich häufig entgegensteht, verlängert werden muss.

Zu guter Letzt hatte das LAG Köln sich außerdem wieder mit einer beabsichtigten Klage auseinanderzusetzen, die unzulässig gewesen wäre. Dass eine mögliche Leistungsklage („Die Beklagte wird verurteilt, ab dem 01.01.2009 an die Klägerin an jedem Monatsende EUR 250 zu zahlen...“), bei der nach stattgebendem Urteil unmittelbar vollstreckt werden kann, Vorrang hat vor der Feststellungsklage („Es wird festgestellt, dass die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf monatlichen Ausgleich der Differenz zwischen ihrem zuletzt bei der Beklagten verdienten Nettoeinkommen und ihrem aktuellen Einkommen hat...“), ist bekannt. Schwierig ist in der Praxis zum Teil die Abgrenzung, wann ein Anspruch so beziffert werden kann, dass ein unmittelbar auf Leistung an den Kläger gerichteter Antrag formuliert werden kann. Liegen Informationen, die als Grundlage für die Bezifferung des Anspruchs dienen, nur dem Beklagten vor, muss auf Auskunft geklagt werden. Die auf bloßer Bequemlichkeit beruhende Erhebung von Feststellungsklagen wird jedenfalls – wie auch vom LAG Köln demonstriert – von den Gerichten nicht hingenommen. Das gleiche gilt für Leistungsanträge, die zu ungenau formuliert sind, um dem Gerichtsvollzieher die Vollstreckung zu ermöglichen. In beiden Fällen ist allerdings zu erwarten, dass das Gericht gemäß § 139 ZPO einen Hinweis auf die Unzulässigkeit der Klage gibt.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 5. Diskriminierung wegen des Alters

- EuGH, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08 -

##### Obersatz (umformuliert):

Die Ziele, die länger dauernde Sekundarschulbildung nicht gegenüber beruflicher Bildung nach kürzerer Schullaufbahn zu benachteiligen und die Eingliederung jugendlicher Auszubildender in den Arbeitsmarkt zu fördern, können nicht durch eine nationale Regelung erreicht werden, nach der bei der vergütungsrelevanten Festlegung der Dienstaltersstufe im öffentlichen Dienst vor Vollendung des 18. Lebensjahrs liegende Dienstzeiten ausgeschlossen bleiben. Eine solche Regelung ist unwirksam.

##### Sachverhalt:

Der Kläger und eine Kollegin absolvierten von September 2001 bis März 2005 eine Lehre als Chemielabortechniker bei der TUG (einer universitären öffentlichen Einrichtung) in Österreich. Beide wurden im Anschluss von der TUG für drei Monate weiterbeschäftigt. Da die Kollegin 22 Monate älter als der Kläger war, ergab sich für sie eine Dienstzeit nach Vollendung des 18. Lebensjahres von 28,5 Monaten, wohingegen für den Kläger nach Vollendung des 18. Lebensjahres nur 6,5 Monate berücksichtigt wurden. Der Unterschied führte für die Dauer der Weiterbeschäftigung zu einer höheren Einstufung der Kollegin mit der Folge, dass ihr Monatsgehalt um EUR 23,20 über dem Monatsgehalt des Klägers lag.

Die erste und zweite Instanz gaben der Klage auf Zahlung der Differenz von insgesamt EUR 69,60 statt. Dagegen legte die TUG Rechtsmittel zum Obersten Gerichtshof in Österreich ein. Dieser hat dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vorgelegt, ob die zum Nachteil des Klägers angewandte Regelung, dass Dienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahrs bei der Einstufung in Entgeltgruppen keine Berücksichtigung finden können, gegen EG-Recht verstößt.

##### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Der EuGH hat die Vereinbarkeit der österreichischen Regelung mit der „Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ geprüft.

##### Hinweis:

Dabei handelt es sich um eine der vier Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierung, zu deren Umsetzung in deutsches Recht am 29.06.2006 das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz/AGG“ verabschiedet wurde. Die Richtlinie gilt für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen u. a. in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, einschließlich des beruflichen Aufstiegs, und für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts.

Sie untersagt jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Vom Verbot der Ungleichbehandlung durch mittelbare Diskriminierung sieht Art. 2 der Richtlinie zwei Ausnahmen vor: (1) Die sachliche Rechtfertigung wegen Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels, wenn die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind, und (2) die Besserstellung Behinderter, um Nachteile auszugleichen.

Eine spezielle Ausnahme gilt gemäß Art. 6 der Richtlinie für die unmittelbare Altersdiskriminierung. Danach stellen solche Ungleichbehandlungen keine Diskriminierung dar, die objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind, wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich

### Newsletter Nr. 2 / 2009



sind. Legitime Ziele können insbesondere den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung entnommen werden. Für ihre Erreichung führt die Richtlinie – nicht abschließend – mehrere Mittel und Wege auf, die rechtmäßig sein können. Hierzu zählen zum Beispiel die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung sowie besonderer Beschäftigungsbedingungen einschließlich der Entlohnung oder die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter oder die Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung.

Die Ungleichbehandlung vor und nach Vollendung des 18. Lebensjahrs zurückgelegter Dienstzeiten, hier des Klägers und seiner Kollegin, stellt eine verbotene Diskriminierung dar und ist damit unwirksam. Es handelt sich um eine unmittelbare Diskriminierung, da unmittelbar auf das Kriterium des Alters abgestellt wird.

Eine Rechtfertigung der festgestellten Ungleichbehandlung über Art. 6 der Richtlinie scheidet nach Ansicht des EuGH aus:

Zwar werden die Ziele, die die österreichische Regierung mit der Regelung verfolgte, als grundsätzlich legitim angesehen. Es sollten Nachteile für Personen mit längerer Schulbildung gegenüber Personen mit kürzerer Schulbildung und anschließender Berufsausbildung ausgeglichen werden. Gleichzeitig sollte durch geringere Personalkosten die Eingliederung in den Arbeitsmarkt von solchen Jugendlichen, die eine Berufsausbildung abgeschlossen hatten, gefördert werden.

Allerdings hat der EuGH die Ungleichbehandlung wegen des Alters als in mehrfacher Hinsicht unangemessen angesehen.

(1) Die österreichische Regelung bezieht sich nicht auf das nach der Richtlinie legitime Ziel, z. B. in Vergütungsfragen nach Berufserfahrung zu differenzieren. Differenziert wird vielmehr nur danach, in welchem Alter diese Berufserfahrung erworben wurde.

(2) Das Kriterium des Alters sollte unabhängig von der Art der Ausbildung gelten. Es konnte daher auch zu einer Ungleichbehandlung von zwei Personen mit längerer Schulbildung oder von zwei Personen mit Berufsausbildung führen, wenn diese nur jeweils unterschiedlich alt waren. Das legitime Ziel, die längere Schulbildung gegenüber der beruflichen Bildung nicht zu benachteiligen, könnte daher wesentlich besser dadurch erreicht werden, dass unmittelbar auf das Kriterium der Bildung abgestellt wird.

(3) Ferner gilt die Nichtberücksichtigung von vor dem 18. Lebensjahr geleisteten Dienstzeiten unabhängig davon, in welchem Alter Personen eingestellt werden. Das Kriterium des Alters grenzt daher nicht einen bestimmten Personenkreis (niedrigen Alters) ein, für den zur erleichterten Eingliederung in den Arbeitsmarkt besondere Einstellungsbedingungen geschaffen werden sollen.

(4) Nebenbei weist der EuGH darauf hin, dass „die vom vorlegenden Gericht genannten Ziele auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen können“: Einerseits sollen Schüler dazu veranlasst werden, eine höhere allgemeinbildende statt eine berufsbildende Schule zu besuchen. Andererseits sollen Personen mit beruflicher Bildung durch die niedrigere Vergütung bei der Einstellung Vorteile gegenüber Personen mit längerer Schulbildung erhalten.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### Bedeutung für die Praxis:

Die Entscheidung des EuGH ist Teil einer mittlerweile langen Reihe von kollektiv- und individualarbeitsrechtlichen, nationalen und europäischen Entscheidungen zur Altersdiskriminierung. Deutlich führt der EuGH alle zu prüfenden Aspekte der (Alters-) Diskriminierung und ihrer möglichen Rechtfertigung vor Augen. An die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung werden dabei hohe Anforderungen gestellt.

#### Praxistipp:

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, kann es hilfreich sein, sich an folgenden Fragen zur Angemessenheit von Ziel und Mittel zu orientieren:

- (1) Verfolgt die Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel?
- (2) Ist das Mittel zur Erreichung des Ziels überhaupt geeignet? Im hier behandelten Urteil argumentiert der EuGH allgemein mit dem weiten Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ des Mittels, obwohl er die – viel einfacher herauszuarbeitende – Geeignetheit des Mittels meint, die nach seinen Ausführungen in mehrfacher Hinsicht nicht gegeben ist.
- (3) Ist das Mittel zur Erreichung des Ziels erforderlich oder schießt die Regelung über das Ziel hinaus?

#### Hinweis:

Auch eine arbeitsrechtliche Regelung der Bundesrepublik Deutschland steht vor dem EuGH auf dem Prüfstand. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt ergänzend zur Verlängerung der Kündigungsfristen mit zunehmender Beschäftigungsdauer: „Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.“ Dabei handelt es sich um eine unmittelbare Altersdiskriminierung. Diese hielt das LAG Düsseldorf für nicht gerechtfertigt und legte dem EuGH die Frage vor, ob die Regelung mit EG-Recht vereinbar sei. Die die EuGH-Entscheidung vorbereitenden Schlussanträge des zuständigen Generalanwalts vom 07.07.2009 verneinen diese Frage. Sollte der EuGH dem folgen, wäre dies eine bedeutende Änderung des deutschen Kündigungsrechts.

Zu beachten sind Fragen der Diskriminierung, insbesondere der Altersdiskriminierung, im Arbeitsalltag häufig. Dies beginnt für den einzelnen Arbeitnehmer bei der Einstellung und Vergütung und endet beim Betriebsrat, der einen Sozialplan verhandeln und dabei eine nicht altersdiskriminierende Abfindungsformel finden muss oder gar in Erwägung zieht, sich an einer Altersgruppenbildung für die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen zu beteiligen.

Zu den speziell mit Sozialplanverhandlungen verbundenen Fragen der Altersdiskriminierung haben wir eine Entscheidung im kollektivrechtlichen Teil dieses Newsletters für Sie aufbereitet.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 6. Sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung bei Freistellung von der Arbeit

- BSG, Urteil vom 24.09.2008, B 12 KR 22/07 R -

##### Leitsatz des BSG:

Eine die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung begründende Beschäftigung kann auch dann vorliegen, wenn bei fortlaufender Zahlung des Arbeitsentgelts der Arbeitnehmer einvernehmlich und unwiderruflich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt ist (Bestätigung und Fortführung der stRspr des Senats).

##### Sachverhalt:

Der Kläger war seit 1980 bei der Arbeitgeberin versicherungspflichtig beschäftigt. Vor dem Arbeitsgericht wurde am 08.09.2004 ein Vergleich geschlossen, der unter anderem regelte, dass das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen zum 30.06.2005 aufgehoben und der Kläger ab sofort unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen unwiderruflich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt werde.

Entsprechend dieser Vereinbarung zahlte die Arbeitgeberin für den Zeitraum vom 11.09.2004 bis zum 30.06.2005 das Arbeitsentgelt, während der Kläger keine Arbeit leistete.

Mit Bescheid vom 19.10.2004 stellt die beklagte Krankenkasse fest, dass die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wegen der unwiderruflichen Freistellung zum 10.09.2004 geendet habe und folglich auch keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung mehr bestehe. Der Widerspruch des Klägers war erfolglos.

##### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das BSG hat das Urteil des LSG bestätigt, das die Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses und nicht nur bis zum Beginn der Freistellung festgestellt hatte.

Die Versicherungspflicht setzt eine „Beschäftigung“ voraus (§ 1 S. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III, § 7 Abs. 1 SGB IV). Zwar besteht diese Beschäftigung idealtypisch im „Vollzug“ des Arbeitsverhältnisses, d. h. der realen Erbringung der versprochenen Dienste gemäß § 611 BGB. Die tatsächliche Arbeitsleistung kann – insbesondere, wenn das Arbeitsverhältnis wie hier in der Vergangenheit bereits vollzogen worden war – jedoch auch durch andere Umstände ersetzt werden.

Ein solcher Umstand liegt nach Ansicht des BSG etwa dann vor, wenn der Dienstverpflichtete bei Fortbestehen des Rechtsverhältnisses auf Grund vertraglicher Abrede von seiner (grundsätzlich weiterbestehenden) Arbeitsleistung befreit wird und der Dienstberechtigte zeitgleich das Entgelt fortzahlt.

So sei das sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürfnis in einem solchen Fall auch nicht als geringer anzusehen als in den Fällen, in denen die arbeitsvertragliche Hauptpflicht durch den Arbeitnehmer erbracht wird.

Es entspricht folglich dem Schutzzweck der Sozialversicherung, zwischen der leistungsrechtlichen (Nichterbringung der Arbeitsleistung, Anspruch auf Arbeitslosengeld) und der beitragsrechtlichen (Bestehen eines Arbeitsverhältnisses) Beschäftigung zu differenzieren, mit dem Ergebnis, dass allein die leistungsrechtliche Beschäftigungslosigkeit nicht auch zu einem Ausschluss der Versicherungspflicht führt.

### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### **Praxistipp:**

In der Vergangenheit war es üblich, Freistellungsabreden von der Arbeitsleistung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses widerruflich zu vereinbaren um die Versicherungspflicht des Arbeitnehmers in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung zu wahren. Dies geschah regelmäßig unabhängig von der Absicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer tatsächlich noch einmal beschäftigen zu wollen.

Diese Praxis führte jedoch häufig zu Unsicherheiten bei den betroffenen Arbeitnehmern, die gemäß einer solchen Vereinbarung theoretisch jederzeit damit rechnen mussten, dass der Arbeitgeber die Freistellungsabrede widerruft und die geschuldete Arbeitsleistung verlangt.

Gemäß der Entscheidung des BSG ist die unwiderrufliche Vereinbarung der Freistellung nun unschädlich für die Aufrechterhaltung der Versicherungspflicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses.

#### **Hinweis:**

Nach der Feststellung, dass auch eine unwiderruflich vereinbarte Freistellung von der Arbeitsleistung die Versicherungspflicht nicht ausschließt, stellt sich für die Arbeitnehmer die Frage, inwieweit der Arbeitgeber anderweitigen Verdienst während der Freistellung anrechnen kann.

Als Folge der einvernehmlich vereinbarten Freistellung kommt es nicht zu einem Annahmeverzug des Arbeitgebers, so dass eine gesetzliche Anrechnung gemäß § 615 S. 2 BGB nicht in Betracht kommt.

Eine Anrechnung von anderweitigem Verdienst kommt daher bei vereinbarter Freistellung nur in Betracht, wenn dies in einer ausdrücklichen vertraglichen Anrechnungsvereinbarung so bestimmt wurde.



### Newsletter Nr. 2 / 2009



#### 7. Auslegung von Freistellungserklärungen

- LAG Hamm, Urteil vom 26.05.2009, 14 Sa 263/09 -

##### Leitsatz des LAG Hamm:

Die mit einer Kündigung des Arbeitgebers verbundene Erklärung, der Arbeitnehmer sei mit sofortiger Wirkung unter Anrechnung noch bestehender Urlaubsansprüche freigestellt, ist in der Regel so auszulegen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlässt, im Übrigen die Annahme der Arbeitsleistung verweigert und so gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug gerät.

##### Sachverhalt:

Der Kläger ist seit mehr als 20 Jahren bei der Beklagten beschäftigt. Mit Schreiben vom 17.04.2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien wegen „Störung des Betriebsfriedens“ außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich zum frühestmöglichen Zeitpunkt. Wörtlich hieß es im Kündigungsschreiben: „Sie werden hiermit mit sofortiger Wirkung freigestellt. Die Freistellung erfolgt unter Anrechnung auf die bestehenden Urlaubsansprüche.“ Die Kündigungsfrist des Klägers lief am 30.11.2008 aus.

Ein Widerspruch des Klägers gegen die Freistellung unter Anrechnung auf den noch offenen Urlaub erfolgte nicht. Im Mai 2008 „nahm“ die Beklagte die ausgesprochene Kündigung „zurück“. Anfang Juni nahm der Kläger vereinbarungsgemäß seine Arbeit wieder auf. In den Sommerferien nahm der Kläger, der schulpflichtige Kinder hat, wie immer Urlaub. Diesen gewährte die Beklagte jedoch zunächst nur unbezahlt. Sie vertrat den Standpunkt, der Jahresurlaub sei durch die Freistellung vom 17.04.2008 bis Anfang Juni 2008 gewährt worden. Der Kläger verlangte das Entgelt für die in den Sommerferien genommenen Urlaubstage.

##### Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Nachdem das Arbeitsgericht den Zahlungsantrag abgewiesen hatte, hat das LAG Hamm ihm stattgegeben. Im Gegensatz zum ungekündigten Arbeitsverhältnis, in dem dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ein hoher Stellenwert zukommt, ist eine Freistellung nach Ausspruch einer Kündigung nach herrschender Meinung grundsätzlich zulässig. Ebenfalls zulässig ist die Anrechnung noch bestehender Urlaubsansprüche auf die Freistellungsphase. Und dies gilt nach einem Urteil des BAG vom 14.08.2007 (9 AZR 934/06) selbst dann, wenn vorrangig außerordentlich fristlos und nur hilfsweise ordentlich gekündigt wurde.

Damit ist jedoch nicht die Frage geklärt, für wann der Urlaub gewährt wurde, wenn die Freistellungsphase länger ist als die noch zur Verfügung stehende Urlaubszeit. Urlaub ist gemäß § 7 Abs. 1 BUrlG die Befreiung von der Arbeitspflicht für einen bestimmten zukünftigen Zeitraum. Den Urlaub nur zu gewähren, ohne seine zeitliche Lage festzulegen, ist in der Freistellungsphase dennoch zulässig. Dem Arbeitnehmer selbst bleibt dann die Konkretisierung bezüglich der zeitlichen Lage überlassen.

Ob der Arbeitgeber den Urlaub für einen bestimmten Zeitraum – etwa ab Beginn der Freistellung – gewährt oder dem Arbeitnehmer die Festlegung überlassen hat, ist durch Auslegung der Erklärung im Einzelfall zu ermitteln. Diese richtet sich nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Erklärung. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen aller Beteiligten gerecht werdenden Ergebnis führt. Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Beklagte dem Kläger nicht für einen bestimmten Zeitraum, insbesondere nicht ab dem 17.04.2008 Urlaub gewährt hat. Die Wendung „mit sofortiger Wirkung“ bezieht sich auf die Freistellung und nicht auf die Urlaubsgewährung.



### Newsletter Nr. 2 / 2009



Für den Kläger war lediglich erkennbar, dass die Beklagte für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung eine Kumulation von Urlaubsabgeltungs- und Annahmeverzugsansprüchen vermeiden wollte, was jedoch über die zeitliche Lage des Urlaubs nichts aussagt. Auch eine besondere Interessenlage der Beklagten, den Urlaub ab dem 18.04.2008 zu gewähren, war für den Kläger nicht erkennbar. Diese Interessenlage entstand wohl ohnehin erst im nachhinein, als die Beklagte die Kündigung „zurücknahm“ und damit feststand, dass der Kläger seinen Urlaub nun nicht mehr frei auf die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30.11.2008 würde verteilen können.

Möchte der Arbeitgeber den Urlaub zeitlich festlegen, ist die Eindeutigkeit der Erklärung auch deshalb erforderlich, damit der Arbeitnehmer der Festlegung ggf. widersprechen kann, um eine andere zeitliche Lage des Urlaubs zu erreichen.

Es trifft vorliegend daher der Grundsatz zu, dass bei Freistellung während der Kündigungsfrist unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlassen bleibt.

Gegen das Urteil wurde Nichtzulassungsbeschwerde beim BAG eingelegt.

#### **Hinweis:**

Abweichend vom LAG Hamm hat das LAG Nürnberg mit Urteil vom 29.08.2006 (7 Sa 676/05) eine vergleichbar lautende Erklärung so ausgelegt, dass der Urlaub zu Beginn der Freistellung beginnt. Dies hat es damit begründet, dass der Arbeitgeber erkennbar ein Interesse daran habe, einen möglichst langen Zeitraum für die Urlaubsgewährung zur Verfügung zu haben. Sei der Arbeitnehmer während des zu Beginn gewährten Urlaubs arbeitsunfähig, könne dieser ggf. noch später in der Freistellungsphase gewährt werden. Damit dürfte sich das LAG Nürnberg in Widerspruch zum BAG gestellt haben, welches am 06.09.2006 (5 AZR 703/05) den vom LAG Hamm übernommenen Grundsatz aufgestellt hat, dass bei Freistellung für die Dauer der Kündigungsfrist unter Anrechnung bestehender Urlaubsansprüche in der Regel dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlassen bleibt. Zwar ging der vom LAG Nürnberg entschiedene Fall noch in die Revisionsinstanz, jedoch hat das BAG zur Auslegung der Freistellungs- und Anrechnungserklärung nicht Stellung genommen, weil es für die Revisionsentscheidung nicht darauf ankam.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Obwohl es sich bei der Auslegung von Erklärungen immer um Einzelfallentscheidungen handelt, ist die Entscheidung interessant, weil Erklärungen wie die hier streitige im Zusammenhang mit Kündigungen weit verbreitet sind. Das LAG Hamm zeigt eine Reihe von allgemeingültigen Kriterien auf, die für die Auslegung solcher Erklärungen heranzuziehen sind.



## **C. Aktuelle Veröffentlichungen:**

**Dr. Michael Bachner:** „Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Konzern“, in: *Arbeitsrecht Aktuell* 2009, S. 31

**Dr. Frank Lorenz / Günter Schneider (Hrsg.):** *Raus aus der Krise! Mitbestimmung neu denken: Handlungsoptionen für betriebliche und gewerkschaftliche Interessenvertretungen*, VSA-Verlag Hamburg, August 2009

**Anne Quante:** „Angemessene Vorstandsvergütung? Erster Überblick über die Änderungen im Aktienrecht nach Inkrafttreten des VorstAG“, in: *AiB* 2009, Heft 10, S. 547

**Dr. Sascha Lerch / Lars Weinbrenner:** „Wichtige Schwellenwerte im Individualarbeitsrecht“, in: *FA* 2009, S. 290-293

**Ralf Trümner:** „Änderung des BetrVG – Erweiterter und geänderter Arbeitnehmerbegriff“, in: *AiB* 2009, Heft 10, S. 539



## **D. Veranstaltungen**

### **1. Arbeitsrechtstag Rhein-Ruhr**

**„Aktuelle Rechtsprechung an Rhein und Ruhr – Fachtagung für Betriebsräte, Personalräte und Schwerbehindertenvertretungen“  
am 4. November 2009 in Essen**

Themen:

Betriebsübergang

Sozialplangestaltung

Fristlose Kündigung bei geringwertigen Vermögensdelikten

Neue Rechtsprechung:

- Verschwiegenheitserklärung
- Hinzuziehung eines BR-Mitglieds zu einem Mitarbeitergespräch
- Kündigung eines Schwerbehinderten - Verwirkung - Kenntnis des Arbeitgebers
- Zustimmungsverweigerung - Schriftform?

Sechs Wochen nach der Bundestagswahl - Bedeutung und Entwicklung des Arbeitsrechts in der neuen Legislaturperiode

**Referenten: RA Dr. Frank Lorenz, Olaf Klein, Gerhard Stiens, Albrecht Kleinschmidt und Guntram Schneider**

Weitere Informationen geben Ihnen gerne unsere Mitarbeiterin Frau Gabriele Schöneberg unter 0211/138 60-60 oder unser Kollege Dr. Frank Lorenz unter [lorenz@schneider-schwegler.de](mailto:lorenz@schneider-schwegler.de)

### **2. Datenschutz für Beschäftigte**

**„Die Konferenz für Betriebs- und Personalräte“  
am 25. und 26. November 2009 in Würzburg**

**Moderation: Dr. Manfred Bobke, Gabriele von Camen**

**Referenten: Frank Bsirske, Prof. Dr. Peter Wedde, Edgar Wagner, Sylvia Schenk, Lothar Schröder, Dr. Claus Ulmer, Martina Perreng, Dieter Hummel, Karl-Heinz Brandl, Monika Brandl**

Weitere Informationen geben Ihnen gerne unsere Mitarbeiterin Frau Monika Hübel unter 0221/355570 oder unser Kollege Dr. Bobke unter [bobke@schneider-schwegler.de](mailto:bobke@schneider-schwegler.de)

**Wir würden uns freuen, Sie auf diesen Veranstaltungen begrüßen zu dürfen.**

## Newsletter Nr. 2/2009



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

RA Lorenz Schwegler  
Königsallee 60 G  
40212 Düsseldorf  
schwegler@schneider-schwegler.de

### **Kontakt:**

#### **Düsseldorf**

Königsallee 60 G  
D-40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211/13860-0  
Fax: 0211/13860-99  
[office@schneider-schwegler.de](mailto:office@schneider-schwegler.de)

Lorenz Schwegler  
Dr. Frank Lorenz  
Dr. Uwe Silberberger  
Felix Laumen  
Michael Schoden

Alexandra Ochs  
Dr. Wolfgang Kroll  
Anne Quante  
Yvonne Goebel  
Michael Schmidt-Busse

#### **Berlin**

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

Gunter Rose  
Michael Merzhäuser  
Ralf Trümner  
Sebastian Kolb  
Dr. Sascha Lerch

Enrico Meier  
Karsten Sparchholz  
Lars Weinbrenner

#### **Frankfurt**

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

Dr. Michael Bachner  
Peter Gerhardt

#### **Köln**

Riehler Straße 36  
D-50668 Köln  
Tel.: 0221/35557-0  
Fax: 0221/35557-99  
[koeln@schneider-schwegler.de](mailto:koeln@schneider-schwegler.de)

Dieter Lenz  
Jörg Towara  
Dr. Manfred Bobke-von Camen

### **Wissenschaftliche Berater:**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Bernhard Nagel

### **Hinweis**

Dieser Newsletter ist nach bestem Wissen zusammengestellt, die Verfasser setzen bei Auswahl und Kommentierung der Entscheidungen eigene Schwerpunkte, der Newsletter hat auch bei der Kommentierung der Entscheidungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit bei der Wiedergabe der Entscheidung oder der rechtlich relevanten Sachverhalte, die Lektüre des Newsletter ersetzt nicht das eigene Lesen der Entscheidung und vor allem nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall! Praxistipps und Hinweise beziehen sich auf Standardsituationen, die nicht ohne weiteres auf den Einzelfall übertragen werden können! Leitsätze und rechtliche Wertungen sind den Pressemitteilungen des jeweiligen LAG oder BAG oder der Entscheidung direkt entnommen und also solches gekennzeichnet ([www.bag.de](http://www.bag.de)). Vielen Dank für die Beachtung dieser Hinweise.