

A NEWSLETTER FROM
MANNHEIMER SWARTLING

MAY 2011

Newsletter

Arbeitsrecht Deutschland



KONTAKTPERSONEN:

Rechtsanwälte
Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für
Arbeitsrecht,
Frankfurt (Editor)
Bettina Kreimer, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Frankfurt
Alper Ardali, Frankfurt
Thereze Falkjær Jensen, Berlin
Ulf Christoph Lohrum, LL.M, Berlin
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M.,
Stockholm

E-MAIL

MannheimerSwartling
Arbeitsrechts-News@msa.se

MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT AM MAIN

Bockenheimer Landstraße 51-53
D-60325 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 97 40 12 0
Fax: +49 69 97 40 12 0

BERLIN

Mauerstraße 83/84
D-10117 Berlin
Tel: +49 30 22 66 99 0
Fax: +49 30 22 66 99 10

STOCKHOLM

Norrandsgatan 21
Box 1711, 111 87 Stockholm
Tel: +46 8 595 065 00
Fax: +46 8 595 065 01

www.mannheimerswartling.de

**DIESER NEWSLETTER
ERFOLGT ZU INFORMATIONEN-
ZWECKEN UND NICHT ZUR
RECHTSBERATUNG. UNTER
ANGABE DER QUELLE DÜRFEN
DIE BEITRÄGE VERBREITET UND
ZITIERT WERDEN.**

Editorial

SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

Sie halten die Ausgabe Nr. 2/2011 unseres arbeitsrechtlichen Newsletters in den Händen. Unser Newsletter beschäftigt sich u. A. mit Fragen des Kündigungsrechts: Können durch religiöse Überzeugungen bedingte Handlungen eines Arbeitnehmers eine Kündigung rechtfertigen? Sind mögliche Regelungen eines Sozialplans im Hinblick auf die Einhaltung von Diskriminierungsverboten wirksam, wenn die Höhe der Abfindung nach Altersgruppen differenziert? Der Sonderkündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten ist Gegenstand eines Urteils des BAG gewesen, das im Hinblick auf die Bestellung von Mitarbeitern des Unternehmens zu Datenschutzbeauftragten Konsequenzen nahezu aufdrängt. Gegenstand der Frage des Betriebsübergangs ist immer wieder, wann ein solcher überhaupt vorliegt, was auch den EuGH beschäftigte. Das BAG konnte zu der Frage Stellung nehmen, in welchem Zeitraum ein Arbeitnehmer ein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Übernehmer eines Betriebs geltend machen muss. Dieses Urteil schafft auch erstmals auf diesem Feld eine gewisse Klarheit, was aber auch wiederum Konsequenzen bei der Information von betroffenen Arbeitnehmern haben kann. Die Frage, ob dem Betriebsrat eine Mitbestimmung bei der Gestaltung von Formulararbeitsverträgen zusteht, rundet die Berichterstattung ab. Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre und stehen Ihnen gerne für Ihre Fragen zu diesen und anderen Themen im Arbeitsrecht zur Verfügung.

DR. CHRISTIAN BLOTH



**MANNHEIMER
SWARTLING**

Religiöse Auffassungen des Arbeitnehmers: Grenzen für das Direktionsrecht des Arbeitgebers?

Immer wieder kommt es zum Konflikt, wenn Arbeitnehmer sich weigern, bestimmte Arbeitsanweisungen zu befolgen oder Tätigkeiten zu verrichten, die ihrer Ansicht nach mit ihren religiösen Vorstellungen nicht in Übereinklang stehen. Darf die Mitarbeiterin im Verkauf einer Parfümerieabteilung im Kaufhaus ihr Kopftuch tragen, darf ein muslimischer Mitarbeiter im Getränkelager die Arbeit mit alkoholischen Getränken verweigern oder darf der Mitarbeiter im Call Center Kunden mit dem den Worten Jesus hat Sie lieb“ verabschieden? Da dies eine Abwägungsfrage ist, die nicht leicht beantwortet werden kann, beschäftigt sie immer wieder die Gerichte, wie auch die beiden nachfolgenden aktuellen Entscheidungen zeigen.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 24.2.2011, 2 AZR 636/09) kann eine arbeitgeberseitige Kündigung gerechtfertigt sein, wenn sich ein Arbeitnehmer aus Glaubensgründen weigert, eine bestimmte Arbeitsaufgabe zu erfüllen. Dies gilt jedoch nur, sofern keine anderen naheliegenden Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen.

Im vorliegenden Fall war der als „Ladenhilfe“ angestellte Arbeitnehmer in dem Zeitraum 2003 bis 2007 in der Getränkeabteilung des Arbeitgebers beschäftigt gewesen, bevor er in der Frischwarenabteilung des Warenhauses eingesetzt wurde. Die krankheitsbedingten Abwesenheiten des Arbeitnehmers nahmen jedoch erheblich zu und der Arbeitgeber gelangte zu der Überzeugung, dass die Arbeit in der Frischwarenabteilung der Gesundheit des Arbeitnehmers nicht zuträglich war. Daher wies der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Jahr 2008 an, wieder in der Getränkeabteilung zu arbeiten. Der Arbeitnehmer weigerte sich jedoch wiederholt und kategorisch, dieser Weisung Folge zu leisten und dort Tätigkeiten zu verrichten, weil ihm sein muslimischer Glaube jegliche Mitwirkung bei der Verbreitung von Alkoholika verbiete. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich.

Das Arbeitsgericht Kiel hatte die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Urteil vom 20.1.2009, 5 SA 270/08) hatte hingegen die außerordentliche Kündigung für unwirksam erachtet, aber festgestellt dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der ordentlichen Kündigung wirksam beendet worden war. Das Landesarbeitsgericht hatte im Berufungsverfahren festgestellt, dass die Zuweisung des Arbeitsesatzes in der Getränkeabteilung durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt war. Wer als „Ladenhilfe“ eingestellt ist, muss grundsätzlich damit rechnen, in allen Bereichen eines Warenhauses eingesetzt zu werden. Auch wenn die Glaubensentscheidung des Arbeitnehmers vom Landesarbeitsgericht als berechtigt angesehen wurde, überwog nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts die ebenfalls grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse, die Ladenhilfen entsprechend den betrieblichen Bedürfnissen im gesamten Warenhaus einsetzen zu können. Ein Einsatz des ungelerten

Arbeitnehmers in anderen Abteilungen kam wegen der dort erforderlichen Fachkenntnissen nach Auskunft des Arbeitgebers nicht in Betracht. Es wurde auch berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer früher jahrelang in der Getränkeabteilung gearbeitet habe ohne sich auf entgegenstehende Glaubensgründe zu berufen. Die außerordentliche Kündigung verwarf das Landesarbeitsgericht, weil es dem Arbeitgeber zumutbar gewesen wäre, dem Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in einer anderen Abteilung zu beschäftigen.

Das Bundesarbeitsgericht hat den Fall nicht entschieden, sondern an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, um dort klären zu lassen, ob die Arbeitsverweigerung im vorliegenden Fall einen Kündigungsgrund darstellt. Das Bundesarbeitsgericht ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts offensichtlich der Auffassung, dass berechnigte Glaubensgründe des Arbeitnehmers dazu führen können, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt wird. Sofern es dem Arbeitgeber im Rahmen seiner betrieblichen Organisation möglich ist, dem Arbeitnehmer eine vertragsgemäßen Beschäftigung zuzuweisen, die den religionsbedingten Einschränkungen Rechnung trägt, ist er verpflichtet, dies zu tun. Nur wenn diese Möglichkeit nicht besteht, kommt die Kündigung in Betracht.

Anders hingegen entschied das LAG Hamm in einem Urteil vom 20. April 2011, Az. 4 Sa 2230/10. Der Mitarbeiter eines Call Centers eines Teleshoppingsenders beendete Kundengespräche mit der Formel „Jesus hat Sie lieb, vielen Dank für Ihren Einkauf bei...“. Dieses wurde ihm untersagt, wogegen er sich unter Hinweis auf seine aus seinen religiösen Überzeugungen resultierenden Verpflichtungen widersetzte. Während die erste Instanz dieses Verhalten noch akzeptierte und einer gegen die Kündigung erhobene Klage stattgab, wies das LAG die Klage zurück. Das LAG erkennt nicht, weswegen der Kläger in „Bedrängnis“ käme, wenn er auf die Formel verzichte. Damit hatte sogar die fristlos ausgesprochene Kündigung Bestand. Die Revision wurde nicht zugelassen.

THEREZE FALKJÆR JENSEN, TFJ@MSA.SE

Abfindungshöhe gestaffelt nach Alter – AGG konform?

Ein Sozialplan soll eine vom Arbeitgeber geplante Betriebsänderung für die Arbeitnehmer sozial verträglich gestalten und die nachteiligen Folgen – d.h. Verlust des Arbeitsplatzes oder die Verschlechterung von Arbeitsbedingungen – ausgleichen. Um dieser möglichen finanziellen Verlust des Arbeitnehmers zu vermeiden, wird bei Kündigungen üblicherweise eine Abfindung mit dem Betriebsrat im Sozialplan vereinbart. Die Abfindung soll insbesondere den Verlust des „sozialen Besitzstandes“ ausgleichen, bzw. eine evt. wirtschaftliche Lücke bis zum Finden eines neuen Arbeitsplatzes. Üblicherweise wird eine Formel gebildet, um die Höhe der Abfindungszahlungen an die Arbeitnehmer zu berechnen. Solche Formeln berücksichtigen u.a. Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter und etwaige Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer. Dabei ist es durchaus Praxis, dass die Mitarbeiter im allgemeine Gruppen eingeteilt werden und die Abfindungshöhe sich entscheidend nach dem Alter richtet.



Naturgemäß erhalten dabei ältere Mitarbeiter mehr als jüngere, was insbesondere dadurch zum Ausdruck kommt, dass der mit dem Betriebsrat auszuhandelnde Faktor, mit dem z. Bsp. Bruttomonatseinkommen und Jahre der Betriebszugehörigkeit multipliziert werden, bei älteren höher als bei jüngeren Mitarbeitern ist. Damit soll versucht werden, den erfahrungsgemäß längeren Zeitraum bis zur Neuaufnahme einer Tätigkeit zu überbrücken. Aber kann nicht eine unterschiedliche Höhe einer Abfindung für Ältere auch eine Diskriminierung jüngerer Mitarbeiter darstellen?

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 12. April 2011 (1 AZR 764/09) festgestellt, dass es für Arbeitgeber und Betriebsrat zulässig ist, Altersstufen für die Bemessung der Abfindungshöhe zu bilden. Solche Altersstufen benachteiligen zwar jüngere Arbeitnehmer, aber die Ungleichbehandlung ist gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt, wenn sie geeignet und erforderlich ist, das von § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verfolgte Ziel zu fördern und die Interessen der benachteiligten Altersgruppen nicht unangemessen vernachlässigen. Dies sei nach Ansicht des BAG mit dem Verbot der Altersdiskriminierung im europäischen Recht vereinbar und somit des Sozialplan nicht „ermessensfehlerhaft“. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG lautet:

„Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

.....

6. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder

Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.“

Der beklagte Arbeitgeber hatte sich im Rahmen einer Umstrukturierung mit dem Betriebsrat auf einen Sozialplan geeinigt. Die darin vorgesehenen Abfindungen sollten nach Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatsgehalt berechnet werden, wobei sich die Abfindung bis zum 29. Lebensjahr eines Arbeitnehmers auf 80 %, ab dem 30. bis zum 39. Lebensjahr auf 90 % und ab dem 40. Lebensjahr auf 100 % der zu errechnenden Betrages belaufen sollte. Hiergegen klagte eine 38-jährige Arbeitnehmerin und verlangte statt die mit dem Faktor 90 % errechnete Abfindung eine Abfindung berechnet nach Maßgabe des Faktors 100 %. Sie trug vor, dass es keine sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gäbe. Hinsichtlich der Chancen auf dem Arbeitsmarkt ergebe sich nach ihrer Ansicht kein signifikanter Unterschied. Die Klage der Arbeitnehmerin war in allen Instanzen erfolglos.

Nach Ansicht des BAG dürften Arbeitgeber und Betriebsrat davon ausgehen, dass die Arbeitsmarktchancen der über 40-jährigen Arbeitnehmer typischerweise schlechter sind als die der 30- bis 39-jährigen. Die vereinbarten Abschlüsse für jüngere Arbeitnehmer befand das BAG auch nicht als unangemessen.

THEREZE FALKJÆR JENSEN, TFJ@MSA.SE



Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten – Einmal gefunden, für immer gebunden?

Arbeitgeber, die ständig mindestens 10 Personen mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen, müssen gemäß § 4f Abs. 1, Satz 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) einen Beauftragten für den Datenschutz bestellen. Auch wenn personenbezogene Daten auf manuellem Wege erhoben, verarbeitet oder genutzt werden und hiermit regelmäßig mindestens 20 Personen beschäftigt sind, ist eine Bestellung erforderlich.

Mit der Novellierung des BDSG im Jahr 2009 (BDSG Novelle II) hat der Gesetzgeber den Beauftragten für den Datenschutz mit einem Sonderkündigungsschutz versehen. Ziel war es, den Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten an den bereits existierenden Kündigungsschutz vergleichbarer Funktionsträger wie z.B. den Gewässerschutzbeauftragten, den Sicherheitsbeauftragten und den Abfallbeauftragten anzupassen.

§ 4f Abs. 3, Satz 5 BDSG bestimmt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten grundsätzlich unzulässig ist, wenn nicht Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber

zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB berechtigen würden. Dieser besondere Kündigungsschutz wirkt über die Amtszeit hinaus für die Dauer eines Jahres nach Beendigung der Bestellung des Datenschutzbeauftragten fort.

Gleichzeitig wurde auch ein „Bestellungsschutz“ dahingehend festgeschrieben, dass ein Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten nur erfolgen kann, wenn ein wichtiger Grund für den Widerruf gegeben ist.

Dass die Entscheidung des Arbeitgebers, einen konzernweit verantwortlichen externen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, keinen wichtigen Grund in diesem Sinne darstellt, hat das BAG mit Urteil vom 23. März 2011 (Az.: 10 AZR 562/09) ausdrücklich bestätigt.

Dem Ganzen lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die klagende Arbeitnehmerin war bereits im Jahr 1992 zur internen Datenschutzbeauftragten des Unternehmens und deren Tochtergesellschaft berufen worden. Zur Erfüllung dieser Aufgaben benötigte sie etwa 30 % ihrer Arbeitszeit und war dabei für 1600 Beschäftigte zuständig. Seit 1994 war die Arbeitnehmerin auch Mitglied des Betriebsrates, seit 2009 freigestellt.

Im Jahr 2008 hatte die Geschäftsleitung beschlossen, dass der Datenschutz für sie und ihre Tochtergesellschaften im Konzern nunmehr einheitlich durch einen außenstehenden Dritten betreut werden sollte. Entsprechend widerriefen sie die Bestellung der Arbeitnehmerin zur Datenschutzbeauftragten. Zudem wurde ihr im Hinblick auf diese Aufgabe auch eine Teilkündigung ausgesprochen.

Sowohl das Arbeitsgericht Cottbus als auch das LAG Berlin-Brandenburg als Vorinstanzen hatten die entsprechende Widerrufserklärung für unwirksam erklärt und der gegen die Maßnahmen gerichteten Klage der Arbeitnehmerin stattgegeben.

Die Revision der Beklagten beim BAG hatte keinen Erfolg. Das Gericht stellte vielmehr ebenfalls fest, dass die Entscheidung, einen externen Datenschutzbeauftragten zu bestellen keinen den Widerruf der Bestellung rechtfertigen Grund darstelle.

Bislang liegt nur die Presseerklärung des BAG zu diesem Urteil vor. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass dieses in der Entscheidungsbegründung in weiten Teilen den Ausführungen der Vorinstanz gefolgt ist.

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte ausgeführt, dass der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten – abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Verlangen der Aufsichtsbehörde – aus wichtigem Grund nur dann erklärt werden kann wenn Tatsachen vorliegen, nach denen dem Widerrufenden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung der Tätigkeit der jeweiligen Person als Datenschutzbeauftragter unzumutbar ist. Auch hier werden demnach die Kriterien angelegt, nach denen die Wirksamkeit von fristlosen Kündigungen beurteilt werden.

Danach kommen als Widerrufsgründe – wie bei der fristlosen Kündigung – in erster Linie im Verhalten des Datenschutzbeauftragten und nur ausnahmsweise personen- oder betriebsbedingte Gründe in Betracht.

Dies leitet das Gericht insbesondere aus der Funktion des Sonderkündigungsschutzes her. Dieser soll die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten sichern. Er soll in der Ausübung seiner Fachkunde frei von Weisung sein und wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Dabei soll der Kündigungsschutz insbesondere auch die effektive Ausführung und Kontinuität bei der Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe gewährleisten. Der bestellte Arbeitnehmer soll nicht durch die Furcht ggf. seinen Arbeitsplatz zu verlieren an der Ausführung seiner Aufgaben gehindert sein, gerade wenn diese dem Interesse des Arbeitgebers zuwiderlaufen. Entsprechend soll der Datenschutzbeauftragte auch der Erfüllung seiner Aufgaben ohne die Befürchtung, bei Meinungsverschiedenheiten aus seinem Amt abberufen zu werden, nachgehen können.

Nach Auffassung der Richter können damit betriebsbedingte Gründe für einen Widerruf der Bestellung unter Berücksichtigung des besonderen Charakters von § 4f Abs. 3, Satz 4 BDSG als Schutzvorschrift für die unabhängige Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten nur aufgrund ganz besonderer Ausnahmesituationen in Betracht kommen. Andernfalls stehe zu befürchten, dass der beabsichtigte besondere Schutz der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten umgangen werden könnte, so das Gericht.

Als solche Ausnahmesituationen werden beispielhaft der Fall eines fusionsbedingten Wegfalls des Aufgabenbereichs eines von bisher zwei Datenschutzbeauftragten und eine Betriebserschließung mit der Folge des gänzlichen Wegfalls des Datenschutzbeauftragten sowie der Wegfall der gesetzlichen Voraussetzung für die Pflicht zur

Bestellung eines Datenschutzbeauftragten wegen einer Veränderung der Arbeitnehmerzahl genannt.

Wirtschaftliche Gründe, die den Arbeitgeber veranlassen, aus Kostengründen eine andere Person mit den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten zu betrauen könnten nach Auffassung des Gerichts demnach nur im extremen Ausnahmefall – etwa wenn die Kostenersparnis zur Abwendung einer betrieblichen Notsituation dringend erforderlich ist – einen Widerruf rechtfertigen.

Gleiches gilt für organisatorische Erwägungen. Diese seien nur geeignet einen Widerruf zu begründen, wenn dies zur sachgerechten Erfüllung der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten unabweisbar nötig wäre.

Einen solchen extremen Ausnahmefall der einen betriebsbedingten Widerrufsgrund hätte darstellen können, hat das Gericht im zu entscheidenden Fall nicht erkannt. Zwar seien wirtschaftliche Gründe angeführt worden, jedoch hätten diese nur Aussicht auf Erfolg gehabt, wenn sich die Kosteneinsparung durch Fremdvergabe als betrieblich dringend erforderlich, z.B. sanierungsbedingt zur Vermeidung sonst erforderlicher Kündigungen dargestellt hätte, was jedoch in beiden Instanzen nicht vorgetragen worden war.

Auch der nachvollziehbare Wunsch, aus organisatorischen Gründen eine einheitliche Betreuung des Datenschutzes für alle Konzernunternehmen zu vereinbaren, sei nicht als betriebsbedingter wichtiger Widerrufsgrund für die Bestellung geeignet. Die gleichzeitige Bekleidung des Amtes als Betriebsratsmitglied, welche arbeitgeberseitig ebenfalls als Grund für den Widerruf angeführt worden war, spräche nicht gegen die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte. Konkrete Pflichtverstöße, die einen Widerruf rechtfertigen könnten waren seitens des Arbeitgebers nicht dargelegt worden.

Berücksichtigt man diese Rechtsprechung des BAG, dürfte eine Umstellung der Betreuung des Datenschutzes von einem intern bestellten Arbeitnehmer auf eine externe Person oder ein externes Unternehmen aus betriebsbedingten Gründen in der betrieblichen Praxis so gut wie ausgeschlossen sein.

Zwar kann sich der Arbeitgeber bei der Erstbestellung nach wie vor grundsätzlich entscheiden, ob er die Position intern oder extern besetzen möchte. Hat er sich jedoch für einen internen Datenschutzbeauftragten entschieden, so wird dieses Konzept in der Regel außerordentlich schwer wieder umzustellen sein. Ausnahmen bilden ggf. Strukturierungsmaßnahmen, die sich auf die Zahl der bestellten Datenschutzbeauftragten auswirken.

Die Entscheidung für einen externen Datenschutzbeauftragten erscheint damit zumindest unter diesem Gesichtspunkt vorzugswürdig, insbesondere, weil sich eine analoge Anwendung des § 4f Abs. 3 BDSG auf externe Funktionsträger oder die Verpflichtung einer Mindestbestelldauer externer Datenschutzbeauftragter dem Gesetz wohl nicht entnehmen lässt. Dem Arbeitgeber wird damit durch Bestellung externer Dritter im Hinblick auf mögliche Umstellungen des datenschutzrechtlichen Konzepts, gerade auch auf Konzernebene, erheblich mehr Flexibilität eingeräumt.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

Betriebsübergang – Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit

Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB bzw. der Richtlinie 2001/23/EG stellt Unternehmen immer wieder vor erhebliche rechtliche Hürden, die es zu meistern gilt. Gehen Arbeitsverhältnisse wegen eines Betriebsübergangs über oder nicht? Was geht im Übrigen mit über? Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Altersvorsorge – oder aber auch: Üben die wichtigen Mitarbeiter nicht ihr Widerspruchsrecht aus?

Probleme ergeben sich zumeist bei der Abgrenzung zwischen einem „Betriebsübergang“ und der bloßen Veräußerung von Wirtschaftsgütern, wie z. B. einem Maschinenpark.

Dass die genaue Abgrenzung nicht immer ganz leicht ist, zeigt die Zahl der Entscheidungen zu dem Thema Betriebsübergang der deutschen Instanzengerichte einschließlich BAG und darüber hinaus die wegweisenden Entscheidungen des EuGH in diesem Zusammenhang.

Dieser Beitrag widmet sich zwei Entscheidungen jüngerer Datums aus diesem Bereich.

WAHRUNG DER IDENTITÄT

Die erste Entscheidung ist eine Entscheidung des EuGH (*EuGH, Urteil vom 20. Januar 2011 – C-463/09 CLECE SA ./ María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa*) und widmet sich der zentralen Frage der Wahrung der wirtschaftlichen Identität der übertragenen Einheit, welche ein elementares Kriterium für die Entscheidung über das Vorliegen eines Betriebsübergangs ist. Ist die übertragene Einheit vor und nach der Übertragung noch „identisch“?

EINFÜHRUNG

Die der Entscheidung zugrunde liegende spanische Bestimmung zum Betriebsübergang stellt für den Übergang eines Unternehmens auf die Übertragung einer ihrer Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ab.

Die deutsche Regelung in § 613a BGB dagegen stellt im Wortlaut auf einen Betrieb oder einen Betriebsteil ab, ohne den Begriff näher zu definieren. Im Ergebnis liegt dem deutschen Betriebsbegriff jedoch basierend auf der Rechtsprechung des EuGH eine ähnliche Auslegung zugrunde. Die Identität von übernehmendem Betrieb und übernommenen Betrieb ergibt sich dabei aus einer Einzelfallbetrachtung von verrichteter Tätigkeit, dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation, den Betriebsmethoden und den sonstigen zur Verfügung stehenden materiellen und immateriellen Betriebsmitteln. Nicht alle Kriterien müssen vorliegen, weswegen auch die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen nicht einfach ist.

SACHVERHALT

Die CLECE, ein Reinigungsunternehmen, schloss am 27. Mai 2003 einen Vertrag mit dem Stadtrat Cobisa, über die Reinigung der städtischen Gebäude ab. Auf der Grundlage dieses Vertrages arbeitete die Klägerin seit 2004 als Reinigungskraft für CLECE.

Am 9. November 2007 teilte der Stadtrat Cobisa CLECE seine Entscheidung mit, den (zwischen ihnen) bestehenden Vertrag zum 31. Dezember 2007 aufzulösen. Am 2. Januar 2008 teilte CLECE die Arbeitnehmerin mit, dass sie ab dem 1. Januar 2008 zur Belegschaft des Stadtrats Cobisa gehöre, da dieser nunmehr die Reinigung der betreffenden Räumlichkeiten besorge. Dabei ging CLECE aufgrund einer Regelung in einem hier anwendbaren Tarifvertrag für den Reinigungsdienst davon aus, dass das fragliche Arbeitsverhältnis mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf den Stadtrat übergegangen sei.

Die Regelung des Tarifvertrags war jedoch aufgrund einer Entscheidung des spanischen Tribunal Supremo vom 10. Dezember 2008 – entgegen der Auffassung von CLECE – nicht anwendbar, da die Bestimmungen eines Tarifvertrags für Reinigungsdienste in Gebäuden und Räumlichkeiten nicht auf das auftraggebende Unternehmen, das eine andere Tätigkeit ausübe, anzuwenden seien.

Die Klägerin wurde von dem Stadtrat Cobisa somit nicht beschäftigt und auch CLECE stellte sie an keinem anderen Arbeitsplatz wieder ein. Der Stadtrat Cobisa stellte am 10. Januar 2008 über eine Arbeitskräftevermittlung fünf Arbeitnehmerinnen für die Reinigung seiner Räumlichkeiten ein.

In der ersten Instanz wurde der Klägerin ein Einstellungsanspruch gegen CLECE, also ihrem alten Arbeitgeber, und eine Entschädigung zugesprochen. Da der Tarifvertrag nicht anwendbar sei, sei der Stadtrat Cobisa nicht passivlegitimiert.

Gegen dieses Urteil legte CLECE Rechtsmittel ein und war der Auffassung, dass der Stadtrat Cobisa die Klägerin einstellen müsse. Das vorlegende Gericht bestätigte die Auffassung, dass der Tarifvertrag nicht anwendbar sei, legte jedoch dem EuGH die Frage vor, ob die Richtlinie 2001/23/EG hier Anwendung findet und damit ein Betriebsübergang vorliegt oder nicht.

DAS URTEIL DES EUGH

Der EuGH hat entschieden, dass die Richtlinie in einem solchen Fall, dass ein Auftraggeber, der ein Unternehmen mit der Reinigung seiner Räumlichkeiten betraut hatte, beschließt, selbst diese Reinigungstätigkeiten durchzuführen sowie dafür neues Personal einzustellen, nicht einschlägig sei, also ein Betriebsübergang nicht vorläge.

Die Tatsache, dass hier einzig und allein die Tätigkeit ähnlich oder sogar identisch war, reichte nicht aus, einen Betriebsübergang zu begründen. Darüber hinaus wurden keinerlei materiellen oder immateriellen Betriebsmittel der CLECE übernommen. Die Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit liege somit nicht vor. Eine Einheit darf nämlich nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden, die eine reine „Funktionsnachfolge“ darstellt.

Zwar hat der EuGH in früheren Entscheidungen befunden, dass es für die Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit in bestimmten Branchen wie der Reinigungsbranche ausreichen kann, auch wenn keine nennenswerten materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übertragen werden, doch dafür müsse ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen werden, die der Vorgänger gezielt für diese Tätigkeit eingesetzt hatte. Denn dann erwerbe der neue Unternehmensinhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt.

Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn bei einer wirtschaftlichen Einheit, bei der es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, die Hauptbelegschaft vom angeblichen Erwerber nicht übernommen wird.

ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

Betriebsübergang – Frist für Fortsetzungsverlangen

Bei Betriebsübergängen spielt auch eine Rolle, welche Arbeitnehmer denn im Einzelnen betroffen sind – wer geht mit über? Diese Frage ist besonders dann wichtig, wenn dem nicht übergehenden Arbeitnehmer die Kündigung droht. Der Arbeitnehmer muss, wenn er seitens des Arbeitgebers nicht als einbezogen erachtet wird, sein Verlangen, das Arbeitsverhältnis mit dem Übernehmer fortsetzen zu wollen, geltend machen. Aber kann er das „ewig“ oder wann muss er dies tun?

Die hier besprochene Entscheidung verdeutlicht, wie wichtig eine ordnungsgemäße Belehrung der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB über den erfolgreichen Betriebsübergang ist.

In diesem Fall hatte das BAG darüber zu entscheiden, ob es für die Geltendmachung der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses im Falle eines Betriebsübergangs gem. § 613a BGB eine Frist gibt – eine bisher höchstrichterlich nicht beantwortete Frage.

SACHVERHALT

Die Klägerin hatte seit etwa zehn Jahren ein Arbeitsverhältnis mit der V GmbH. Diese V GmbH führte in einem der Beklagten gehörenden Druckzentrum die „Kleinpaketfertigung“ durch, in der die Klägerin beschäftigt war. Die Beklagte kündigte die Verträge mit der V GmbH zum 31. März 2007 und übernahm ab 1. April 2007 die Kleinpaketfertigung in ihrem Druckzentrum in „Eigenregie“. Ab diesem Zeitpunkt wurden Leiharbeitnehmer in der Kleinpaketfertigung eingesetzt. Die bei der V GmbH verbliebenen Mitarbeiter erhielten zum Druckzentrum keinen Zutritt mehr. Nach Freistellung kündigte die V GmbH am 31. Juli 2007 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristgerecht. Dagegen erhob die Klägerin drei Wochen später Kündigungsschutzklage und machte gegen die Beklagte geltend, wegen eines Betriebsübergangs am 1. April 2007 sei ihr Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt auf die Beklagte übergegangen und von dieser fortzusetzen. Dieses Fortsetzungsverlangen ging der Beklagten ist gut vier Monaten nach dem Betriebsübergang zu.

BEGRÜNDUNG DES BAG

Das BAG entschied, dass für die Geltendmachung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim Betriebserwerber die Fristen zu beachten sind, die für einen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB einzuhalten wären, nämlich bis zu einem Monat nach Unterrichtung der Arbeitnehmer.

Im vorliegenden Fall jedoch kamen die Fristen, die für einen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses einzuhalten wären, nicht zur Anwendung, da der Beklagte es – da er eben nicht von einem Betriebsübergang ausging – versäumt hatte, eine Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB durchzuführen. Das Wider-



spruchsrecht ist gekoppelt an eine ordnungsgemäße und umfassende Unterrichtung der Arbeitnehmer.

Im Hinblick auf diese undurchsichtigen Umstände liegt nach dem BAG auch keine Verwirkung des Anspruchs vor. Immerhin wurde das Klagebegehren der Beklagten erst nach nahezu fünf Monate nach der Übernahme des Betriebsteils durch die Beklagte zugestellt.

In Einzelfällen kann eine Verwirkung jedoch durchaus in Betracht kommen, wie das BAG feststellt, wobei allerdings alleine der Zeitablauf nicht ausreicht.

BEDEUTUNG FÜR PRAXIS

Als Novum dieser Entscheidung darf man wohl bezeichnen, dass das BAG sich hier zum ersten Mal zu einer Frist beim Fortsetzungsverlangen eines Arbeitnehmers beim Betriebserwerber äußert. Darüber hinaus werden die Voraussetzungen für eine Verwirkung eines solchen Rechts umrissen.

Diese Entscheidung zeigt zudem, dass bei Umstrukturierungen sorgfältig geprüft werden muss, ob nicht evtl. der Bereich des § 613a BGB berührt ist oder nicht, um dann die nötige Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB ordnungsgemäß durchzuführen. Damit gewinnt die ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB aufgrund des dadurch beginnenden Fristlaufs wesentlich an

Gewicht. Es sollte erwogen werden, auch gerade nach Ansicht der Arbeitgeber nicht betroffene Arbeitnehmer zu unterrichten, und zwar über den Übergang und warum sie nicht betroffen sind, um den Lauf der Frist in Gang zu setzen.

ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

Formulararbeitsverträge – Ein Feld der Mitbestimmung für den örtlichen Betriebsrat?

Der Inhalt des Arbeitsvertrages wird von den Vertragspartnern selbst und frei bestimmt. Dieser auf dem Prinzip der Privatautonomie fußende Grundsatz findet vielerlei Einschränkungen. Gerade bei formularmäßig verwendeten Arbeitsverträgen – wie sie wohl von dem weit überwiegenden Teil aller Arbeitgeber genutzt werden – findet eine Inhaltskontrolle statt, um eine unzulässige Benachteiligung von Arbeitnehmern zu vermeiden. Diese Entwicklung wurde durch die BGB Schuldrechtsreform beflügelt, die grundsätzlich das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf dem Gebiet des Arb-



eitsrechts – mit Ausnahme von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen – für anwendbar erklärte, wobei die „Besonderheiten des Arbeitsrechts angemessen zu berücksichtigen sind“.

Die Möglichkeiten des Betriebsrats auf den Inhalt von Arbeitsverträgen Einfluss zu nehmen, sind hingegen begrenzt. Insbesondere die Regelung der Hauptleistungspflichten liegt allein im Verantwortungsbereich der Vertragsparteien, d.h. von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beziehen sich gemäß §§ 80, 87 BetrVG eher auf die allgemeinen Ordnungs- und Verhaltensregelungen, die ein Arbeitgeber hinsichtlich aller seiner Arbeitnehmer einheitlich umzusetzen hat.

Dass über die Kompetenzen des Betriebsrats bei dem Abschluss von Formulararbeitsverträgen jedoch durchaus gestritten werden kann, zeigt das Thema, welchem sich das LAG Nürnberg am 21. Dezember 2010 (Az: 6 TaBVGa 12/10) zu widmen hatte. Ein Arbeitgeber legte Beschwerde gegen eine durch das ArbG Würzburg erlassene einstweilige Verfügung ein, welche ihm versagte, einen bestimmten Formulararbeitsvertrag zu verwenden.

Der Arbeitgeber betrieb ein Einzelhandelsunternehmen mit Filialen im gesamten Bundesgebiet. Betriebsverfassungsrechtlich verfügten mehrere Filialen desselben Bezirks über einen Betriebsrat, wohingegen für standortübergreifende Fragen ein Gesamtbetriebsrat gebildet wurde.

Nunmehr wollte der Arbeitgeber für künftige Arbeitsverhältnisse einen Formularvertrag einführen, der im Hinblick auf Angaben zur Person des Arbeitnehmers Geburtsdatum, Familienstand, Konfession sowie Staatsangehörigkeit benennen sollte. Weil die einzelnen „Bezirks-Betriebsräte“ diesbezüglich nicht nach ihrer Zustimmung befragt wurden, strebte einer der örtlich zuständigen Betriebsräte beim ArbG Würzburg eine einstweilige Verfügung an. Diese sollte es dem Arbeitgeber verbieten, den umstrittenen Formularvertrag einführen zu dürfen.

Das ArbG Würzburg (Beschluss vom 5. August 2010 – 4 BVGa 7/10) hatte hierbei offensichtlich keine großen Bedenken und gab dem Antrag des Betriebsrats statt. Dieser Beschluss wurde nun durch das LAG Nürnberg wieder aufgehoben.

Der grundlegende Gedanke, dass Angaben zur Person des Arbeitnehmers in schriftlichen Arbeitsverträgen oder insbesondere auch Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen, sofern sie über Angaben wie zu Name, Geburtstag und Anschrift hinausgehen, ist zwar richtig. Dies hat der Gesetzgeber in § 94 Betriebsverfassungsgesetz so bestimmt. Ausschlaggebend für ein Mitbestimmungsrecht sind die abgefragten Personaldaten, nicht jedoch die in den Vertrag einzubeziehenden allgemein geltenden Bestimmungen. Hier besteht kein Mitbestimmungsrecht. Im Rahmen des § 75 Abs. 1 BetrVG kommt jedoch ein Recht des Betriebsrats in Betracht, Unterlassung zu verlangen, falls Arbeitnehmer im Hinblick auf Arbeitsbedingungen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden.

Höchst fraglich war jedoch, ob dem Betriebsrat bei Missachtung dieses Zustimmungserfordernisses ein Unterlassungsanspruch zukommt, welcher im Rahmen einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann? Hieran hatte das LAG Nürnberg – im Gegensatz zum ArbG Würzburg – bereits erhebliche Zweifel, ließ die Frage aber im Ergebnis offen.

Ausschlaggebend für die erfolgreich eingelegte Beschwerde des Arbeitgebers war vielmehr der Umstand, dass der örtliche Betriebsrat für die im Streit stehende Frage nicht verantwortlich war. Die Zuständigkeit lag insoweit allein bei dem Gesamtbetriebsrat, der gemäß § 50 Betriebsverfassungsgesetz für die Behandlung von allen Angelegenheiten verantwortlich ist, die das Gesamtunternehmen betreffen und die von örtlichen Betriebsräten innerhalb ihres Aufgabenbereichs nicht sinnvoll geregelt werden können. Die unternehmensweite Einführung eines neuen Formulararbeitsvertrages ist eine solche Angelegenheit, da sie die Arbeitnehmer aus allen Filialen Deutschlands betrifft. Der Antrag des örtlichen Betriebsrats war daher abzuweisen.

Interessant ist insoweit, dass die einstweilige Verfügung des ArbG Würzburg in ihrem Tenor nur die Verwendung eines ziffermäßig bestimmten Formulararbeitsvertrages untersagte. Der Arbeitgeber hätte daher dem Formular nur einen „neuen Namen“ geben müssen und hätte den gleichen Vertragstext weiterhin verwenden können, ohne sich damit in Widerspruch zu der verfügten Unterlassung zu stellen. Nichtsdestotrotz, der Schritt in die „zweite Instanz“ hat sich einmal mehr gelohnt...

ULF CHRISTHOPH LOHRUM, UCL@MSA.SE

Arbeitsrecht bei Mannheimer Swartling – praxisgerecht – individuell – lösungsorientiert

UNSERE HERANGEHENSWEISE:

Der Bereich „Arbeitsrecht“ wird in Deutschland von einer Gruppe von insgesamt fünf Rechtsanwälten in Frankfurt und Berlin betreut. Unser internationaler Hintergrund, aber gerade auch die regelmäßige und langjährige Betreuung unserer Mandanten, hilft uns, die jeweiligen betrieblichen Fragestellungen zu erkennen und praxisorientierte Lösungen zu ermitteln.

Basierend auf der sehr nahen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit unseren Mandanten verfügen wir über ein tiefes Verständnis für deren geschäftliche Herausforderungen und betriebliche Fragestellungen.

Unser internationaler Hintergrund ermöglicht es uns, die Besonderheiten des deutschen Arbeitsrechts auch Mandanten im Ausland nahezubringen und die Kommunikation zwischen ausländischen Konzernen und ihren deutschen Gruppenunternehmen zu erleichtern.

UNSER SERVICE FÜR SIE:

Regelmäßige arbeitsrechtliche Updates durch unseren Newsletter (deutsch), Focus (englisch) und Mandantenseminare.

Unseren Newsletter sowie den Focus können Sie unter Mannheimer-SwartlingArbeitsrechts-News@msa.se bestellen und abbestellen.

Alle Ausgaben sind auf unserer Homepage unter <http://mannheimerswartling.de/en/Offices/Germany/Newsletters-Germany/> hinterlegt.

Auf Wunsch bieten wir auch maßgeschneiderte Workshops und Schulungen bei Ihnen im Unternehmen zu Themen zur Verfügung, die Sie besonders interessieren!

BERATUNGSSPEKTRUM:

- Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen
- Arbeitsgerichtliche Prozesse
- Maßgeschneiderte Geschäftsführerdienstverträge
- Gestaltung von Bonusplänen
- Tägliche Beratung in allen arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Betrieb
- Betriebliches Mitbestimmungsrecht
- Arbeitsrechtliche Begleitung von Umstrukturierungen und Transaktionen
- Gestaltung und Verhandlung betrieblicher Interessenausgleiche und Sozialpläne
- Arbeitsrechtliche „Due Diligence“ und Umsetzung von hierbei gewonnenen Schlussfolgerungen im Unternehmen
- Restrukturierungen und Umwandlungen in Bezug auf Konsequenzen für Arbeitnehmer und betriebliche Vertretung
- Compliance
- Anti-Diskriminierung

MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT

Bockenheimer Landstraße 51–53
60325 Frankfurt/Main
Tel.: +49 69 97 40 12 0
Fax.: +49 69 97 40 12 10

MANNHEIMER SWARTLING BERLIN

Mauerstr. 83–84
10117 Berlin
Tel.: +49 30 22 66 99 0
Fax.: +49 30 22 66 99 10



DR. CHRISTIAN BLOTH
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Frankfurt a. M.
cbl@msa.se

CLAUDIA EICHLER
Assistentin
Frankfurt am Main
cei@msa.se



BETTINA KREIMER
Rechtsanwältin, Senior Associate
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Frankfurt a. M.
bek@msa.se



ALPER ARDALI
Rechtsanwalt, Associate
Frankfurt a. M.
alp@msa.se



THEREZE FALKJÆR JENSEN
Rechtsanwältin, Associate
Berlin
tfj@msa.se



ULF LOHRUM, LL.M.
Rechtsanwalt, Associate
Berlin
ucl@msa.se



DR. KERSTIN KAMP-WIGFORSS, LL.M.
Rechtsanwältin, Senior Associate
Stockholm
kka@msa.se

Mannheimer Swartling is the leading Nordic commercial law firm. Our clients range from many of Sweden's and the world's leading companies to medium-sized businesses and organizations. Common to all our clients is that the law plays an integral role in their commercial success. This drives us to continuously maintain our position at the forefront of our industry and attuned to the needs of our clients.

We are a full-service firm with approximately 400 lawyers who are specialized in different practice areas of commercial law. Our teams are also organized by industry groups to ensure that we are fully knowledgeable about industry-specific needs and challenges.

By combining the highest quality legal skills with industry knowledge, we offer our clients commercial legal advice with added value.

Mannheimer Swartling has offices in Stockholm, Göteborg, Malmö, Helsingborg, Frankfurt, Berlin, Moscow, St. Petersburg, Shanghai, Hong Kong, Brussels and New York.



**MANNHEIMER
SWARTLING**¹¹