

# Newsletter Arbeitsrecht Deutschland

**MANNHEIMER SWARTLING  
NEWSLETTER ARBEITSRECHT  
DEUTSCHLAND**

**KONTAKTPERSONEN**  
Rechtsanwälte

Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Frankfurt (Editor)  
Roland Weiss, Frankfurt  
Bettina Kreimer, Frankfurt  
Thereze Falkjær Jensen, Berlin  
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M.,  
Stockholm

MannheimerSwartling  
Arbeitsrechts-News@msa.se

**MANNHEIMER SWARTLING**

**FRANKFURT AM MAIN**  
Bockenheimer Landstraße 51-53,  
60325 Frankfurt am Main,  
Phone: +49 69 974 01 20  
Telefax: +49 69 974 01 210

**BERLIN**  
Mauerstraße 83-84  
10117 Berlin  
Phone: +49 30 22 66 990  
Telefax: +49 30 22 66 9910

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

[www.mannheimerswartling.de](http://www.mannheimerswartling.de)

Dieser Newsletter erfolgt zu Informa-  
tionszwecken und nicht zur Rechtsberatung.  
Unter Angabe der Quelle dürfen die Beiträge  
verbreitet und zitiert werden.



## Editorial

Unser Newsletter versucht wie immer aktuelle Themen aus dem Individualarbeitsrecht, aber auch andere Themen zu behandeln. Wiederum haben wir Themen herausgegriffen, von denen wir hoffen, dass sie Ihr Interesse in der praktischen Arbeit finden. Besonderes Augenmerk liegt auf dem am 1. Juli in Kraft getretenen Pflegezeitgesetz, das Arbeitnehmern in erheblichem Maße neue Freistellungsansprüche gibt und zu Anpassungsbedarf in vielerlei Hinsicht führt.

Diskriminierungsthemen finden immer wieder den Weg in die Rechtsprechung. Hinweisen möchten wir in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung zur betrieblichen Altersversorgung sowie zu einer Frage der verweigerter Beförderung einer schwangeren Mitarbeiterin. Aber wir berichten wieder einmal über eine Entscheidung, die die unzureichende Mitarbeiterinformation beim Betriebsübergang zum Gegenstand hat. Hier traf es die in der Presse ausführlich behandelte Veräußerung des Mobiltelefongeschäfts der Siemens AG an BenQ. Aber auch das Outsourcing von nicht-betriebsnotwendigen oder dem Kernbereich des Betriebes zugehörigen Tätigkeiten wirft im Zusammenhang mit den Regeln zum Betriebsübergang immer wieder Fragen auf. Auch dazu haben wir Ihnen eine Entscheidung bereitgestellt. Fallstricke enthält das Befristungsrecht. So notwendig und sinnvoll dieses Instrumentarium in der Gestaltung von Arbeitsbedingungen ist, insbesondere um Arbeitsspitzen auszugleichen oder Vertretungsregelungen zu finden, umso komplizierter/bürokratischer ist die Handhabung. Dazu stellen wir Ihnen einige Urteile im Überblick vor.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.



**MANNHEIMER  
SWARTLING**

# Gesetzgebung

## NEUE FREISTELLUNGSANSPRÜCHE NACH DEM PFLEGEZEITGESETZ

Als Artikel 3 des „Gesetzes zur „strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung“ tritt das so genannte Pflegezeitgesetz (PflegeZG) am 1. Juli 2008 in Kraft. Die Grundzüge dieses Gesetzes, die erhebliche Freistellungsansprüche des Arbeitnehmers mit sich bringen, seien im Folgenden kurz skizziert:

Ziel des Gesetzes ist es, Beschäftigten die Pflege pflegebedürftiger naher Angehöriger in häuslicher Umgebung zu ermöglichen und hierfür entsprechende Rahmenbedingungen zu schaffen, um auf diese Weise die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern. Zu diesem Zweck kann der Arbeitnehmer „Freistellung von der Arbeit“ beanspruchen, was zu einer erheblichen Belastung der Arbeitgeber führen kann.

Das Gesetz beruht hinsichtlich der Freistellung der Beschäftigten auf zwei Säulen: Es wird unterschieden zwischen der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung, welche in § 2 PflegeZG verankert ist, und der sogenannten Pflegezeit (§ 3 PflegeZG). Gemäß § 2 PflegeZG erhalten die Beschäftigten bei einer akut aufgetretenen Pflegesituation das Recht, der Arbeit kurzfristig (bis zu zehn Tage) fern zu bleiben, um eine bedarfsgerechte Pflege für den nahen Angehörigen organisieren zu können bzw. die Pflege der betroffenen Person in dieser Zeit sicherzustellen. Der Beschäftigte muss seine Verhinderung an Erbringung der Arbeitsleistung unverzüglich anzeigen. Eine Fortzahlung der Vergütung während dieser Zeit ist nicht vorgesehen, es sei denn, eine solche ergibt sich aus anderen Vorschriften oder aufgrund einer Vereinbarung, wie z.B. aus der Rechtsprechung zur Pflege von erkrankten Angehörigen. Ansprüche können gegebenenfalls durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung im Arbeitsvertrag geregelt oder begrenzt werden. Hier dürfte ein Nachbesserungsbedarf in der betrieblichen Praxis entstehen.

Gemäß § 3 PflegeZG sind Beschäftigte – soweit der Arbeitgeber mehr als 15 Mitarbeiter beschäftigt – von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie Angehörige in häuslicher Umgebung pflegen (Pflegezeit). Der Beschäftigte hat die Beanspruchung der Pflegezeit mit einer Frist von 10 Tagen anzuzeigen. Dies führt dazu, dass Arbeitgeber häufig kurzfristig

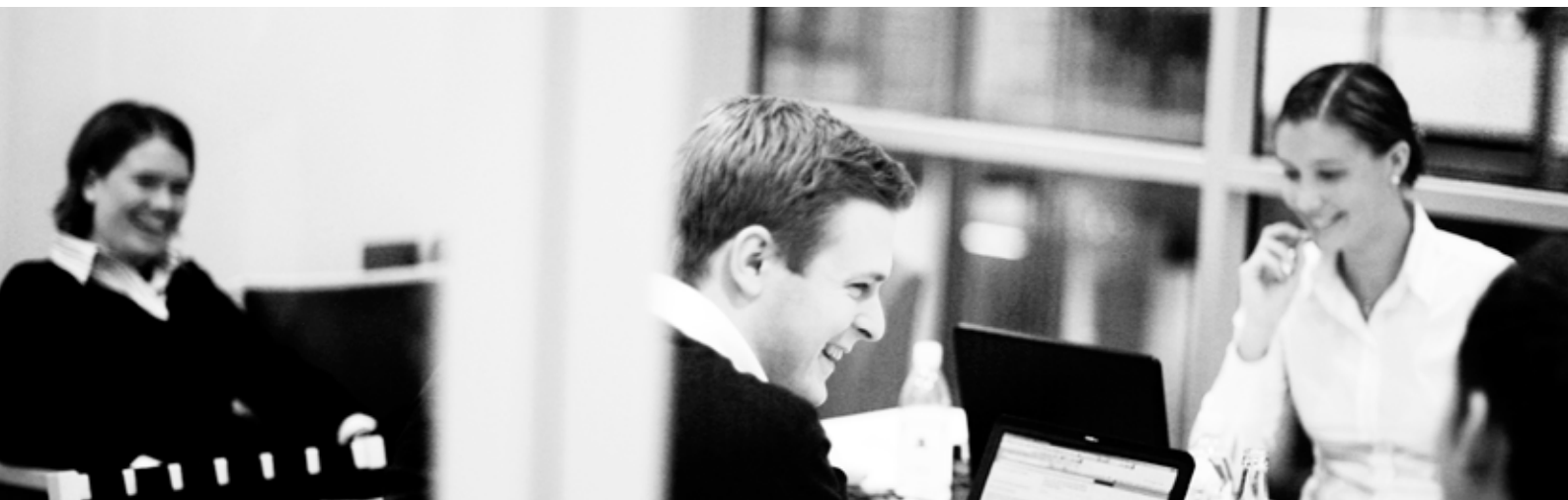
„Ersatzmitarbeiter“ einstellen müssen oder auf andere Mitarbeiter Überstunden zukommen. Die Pflegebedürftigkeit des Angehörigen ist nachzuweisen. Die Pflegezeit beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen längstens sechs Monate, unabhängig davon ob sich der pflegende Beschäftigte vollständig oder nur teilweise von seiner Arbeitspflicht freistellen lässt. Einer teilweisen – nicht einer vollständigen – Freistellung kann der Arbeitgeber aus dringenden betrieblichen Belangen widersprechen, womit die gleichen Rechtsfragen entstehen werden wie beim Teilzeitananspruch. Die Pflegezeit beginnt frühestens mit dem Eintritt der Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen. „Pflegebedürftigkeit“ regelt sich nach den Definitionen der §§ 14, 15 SGB XI, setzt also erhebliche Beeinträchtigungen körperlicher Art voraus. Die Pflege während einer Krankheit ist nicht gemeint. Angehörige sind solche, die im eigenen Haushalt des Arbeitnehmers leben, und zwar Großeltern, Eltern, Ehegatten, Lebenspartner, Schwiegereltern, Kinder und Geschwister.

Besonders hervorzuheben ist daneben die Tatsache, dass der Beschäftigte für den Zeitraum von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Pflegezeit nach § 5 PflegeZG besonders gegen Kündigung geschützt ist. Eine solche ist während dieser Zeit nur ausnahmsweise mit Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde zulässig.

Für die Beschäftigten, die freigestellt sind, können Ersatzkräfte befristet eingestellt werden, da die „Vertretung“ während der Freistellung einen für die Befristung notwendigen sachlichen Grund darstellt.

Welche konkreten Folgen das PflegeZG in der arbeitsrechtlichen Praxis haben wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Fest steht jedoch, dass sowohl der recht kurzfristige Freistellungsanspruch (höchstens 10 Tage Vorankündigung) und insbesondere auch der besondere Kündigungsschutz zusätzliche – nicht unerhebliche – finanzielle Belastungen für den Arbeitgeber begründen können.

*Dr. Christian Blotb, cbl@msa.se / Bettina Kreimer, bek@msa.se*





## Wirksame Befristung von Arbeitsverträgen

---

Der 7. Senat des BAG erließ Anfang dieses Jahres zwei Urteile (7 AZR 603/06 vom 16. Januar 2008 und 7 AZR 786/06 vom 20. Februar 2008) zur Verlängerung von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Nach dieser Vorschrift ist die höchstens dreimalige Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig. Eine solche Verlängerung setzt voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrages vereinbart und dadurch grundsätzlich nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Vertragsbedingungen. Anderenfalls handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, dessen Befristung wegen des bereits bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne Sachgrund nicht zulässig ist. In der Praxis wird dies jedoch immer wieder falsch gemacht. Die Änderung des Vertragsinhalts anlässlich einer Verlängerung i.S.d. § 14 Abs. 2 TzBfG ist jedoch zulässig, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Verlängerung einen Anspruch auf die Vertragsänderung hatte.

Im Urteil vom 16. Januar 2008 hatten die Parteien bei der Vertragsverlängerung nicht nur die Laufzeit, sondern auch die Wochenarbeitszeit von 20 auf 30 Stunden verlängert. Auf die Erhöhung der Arbeitszeit hatte die Klägerin keinen Anspruch, so dass die letztmalige Befristung unwirksam war. Zum gleichen Ergebnis kam das BAG im Urteil vom 20. Februar 2008. Dort hatten die Parteien in einem Folgevertrag von der Vereinbarung eines im Ausgangsvertrag enthaltenen Kündigungsrechts nach § 15 Abs. 3 TzBfG abgesehen.

Bei der Verlängerung von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen gilt es also nicht nur darauf zu achten, dass man die Gesamtdauer von zwei Jahren nicht überschreitet, sondern u.a. auch darauf, dass ausschließlich die Laufzeit des Vertrages und nicht andere Arbeitsbedingungen geändert werden, es sei denn, es besteht ein Anspruch darauf.

Am 16. April 2008 entschied der 7. Senat des BAG (7 AZR 132/07), dass eine nicht drucktechnisch hervorgehobene Probezeitbefristung eine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c Abs. 1 BGB sein kann. Der Formulararbeitsvertrag der Klägerin enthielt eine fett und in vergrößerter Schrift gedruckte Befristung für die Dauer eines Jahres sowie im folgenden Vertragstext eine nicht besonders drucktechnisch hervorgehobene Probezeitbefristung von sechs Monaten. Die Probezeitbefristung ist nach Ansicht des Gerichts als überraschende Klausel anzusehen, da die Klägerin nach der optischen Vertragsgestaltung nicht mit einer weiteren Befristung zu einem früheren Zeitpunkt zu rechnen brauchte. Die Probezeitbefristung wurde somit nicht Vertragsbestandteil.

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die Unterschriften sollten grundsätzlich vor Arbeitsaufnahme erfolgen. Eine nur mündlich vereinbarte Befristung ist unwirksam mit der Folge, dass ein unbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen ist. Wie aber, wenn nur der Arbeitgeber vor Arbeitsantritt unterzeichnet, der Arbeitnehmer danach? In einem Sachverhalt, der einem weiteren Urteil vom 16. April 2008 (7 AZR 1048/06) zu Grunde lag, hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn einen von ihm bereits unterzeichneten schriftlichen befristeten Arbeitsvertrag mit der Bitte um Rücksendung eines unterzeichneten Exemplars übersandt. Der Arbeitnehmer unterzeichnete und übergab den Vertrag erst nach Arbeitsantritt an den Arbeitgeber. Der 7. Senat entschied, dass das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG gewahrt worden war, da der Arbeitnehmer das Vertragsangebot grundsätzlich nur durch Unterzeichnung der Urkunde annehmen könne. Durch die Arbeitsaufnahme war das Arbeitsverhältnis nicht begründet worden, da der Arbeitgeber den Abschluss des Arbeitsvertrages von der Rückgabe des unterzeichneten Arbeitsvertrages abhängig gemacht hatte. Die Befristung war somit wirksam.

*Dr. Kerstin Kamp-Wigfars, kka@msa.se*



## Kurze ordentliche Kündigungsfristen trotz langjähriger Beschäftigung

---

Es ist weitgehend bekannt, dass Kündigungsfristen von Arbeitsverträgen nach § 622 BGB nach der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers gestaffelt sind. Beginnend von zwei Jahren der Betriebszugehörigkeit beträgt die Kündigungsfrist einen Monat zum Monatsende und beträgt maximal sieben Monate, wenn der Arbeitnehmer mindestens 20 Jahre beschäftigt wurde. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zählen Jahre, in der Beschäftigung vor Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers nicht mit, werden also bei der Berechnung nicht berücksichtigt. Dass diese Kündigungsfristen arbeitsvertraglich zu Lasten des Arbeitnehmers nicht abdingbar sind, also arbeitsvertraglich keine kürzeren Fristen als die gesetzlichen vereinbart werden können, ist weitgehend bekannt. Dass dies jedoch durch Tarifvertrag möglich ist, wird häufig nicht gesehen, da die meisten Tarifverträge zumindest den gesetzlichen Fristen folgen. Es gibt jedoch Ausnahmen. Eine solche Ausnahme ist der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer und Angestellten des Kraftfahrzeuggewerbes in Bayern. Dieser war Gegenstand eines Urteils des BAG vom 23. April 2008, AZ 2 AzR 21/07. Nach den Bestimmungen dieses MTV galten Grundkündigungsfristen von sechs Wochen zum Monatsende – und zwar unabhängig von der Beschäftigungsdauer – wenn der Betrieb regelmäßig weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Kläger war seit 1975 als KFZ-Mechaniker beschäftigt und wurde nach 30 Jahren mit sechs Wochen zum Ende des Kalenderquartals gekündigt. In allen drei Instanzen unterlag der

Kläger, auch wenn er anführte, dass die tarifliche Kündigungsfrist unwirksam sei, da sie in kleinen Betrieben eine Differenzierung nach Dauer der Betriebszugehörigkeit, anders als das Leitbild des § 622 BGB, vorsehe.

Das BAG verwies auf § 622 Abs 4 BGB, wonach durch Tarifvertrag von den gesetzlichen Regelungen abweichende Kündigungsfristen vereinbart werden könnten, auch wenn diese erheblich wie im vorliegenden Fall, von den gesetzlichen, gestaffelten Kündigungsfristen seitens des Arbeitgebers abwichen. § 622 Abs 4 BGB stelle die gesetzlichen Kündigungsfristen insgesamt zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Der Gesetzgeber ging hierbei davon aus, dass die Interessen der Arbeitnehmer besonders durch die Gewerkschaften, die Tarifverträge schließen, geschützt seien, so dass – insoweit Tarifvertragsparteien handeln – im Hinblick auf Kündigungsfristen Vertragsfreiheit gewährt wurde. Von einem entsprechenden Leitbild ging der Gesetzgeber nicht aus, wenn der Arbeitnehmer selbst – auf Basis des individuellen Vertrages – zu seinen Lasten kürzere als die gesetzlichen Kündigungsfristen vereinbare. Hier war der Gesetzgeber der Auffassung, dass in Verhandlungssituation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer typischerweise ein ungleiches Verhandlungsgewicht vorliege, das den Mindeststandard von gesetzlichen Kündigungsfristen erforderlich mache.

*Dr. Christian Bloth, cbl@msa.se*



## Rechtsprechungsänderung: Entgeltung des Resturlaubsanspruchs bei zweiter Elternzeit

---

In einem jüngst vom BAG entschiedenen Fall (Urteil vom 20. Mai 2008, Az.: 9 AZR 219/07) ging es um die folgende Situation:

Eine Arbeitnehmerin wurde schwanger und nahm für dieses erste Kind eine Elternzeit von 3 Jahren (Oktober 2001 bis Oktober 2004) in Anspruch. Zum Zeitpunkt des Antritts der Elternzeit hatte sie noch einen Resturlaubsanspruch von 27,5 Tagen. Im Juni 2003 kam dann ein weiteres Kind zur Welt und die Arbeitnehmerin beanspruchte eine weitere Elternzeit von August 2003 bis August 2006. Im Dezember 2005 endete dann das Arbeitsverhältnis. Es stellte sich nun die Frage, ob die Arbeitnehmerin in dieser Fallkonstellation einen Anspruch auf Abgeltung der restlichen Urlaubstage verlangen könnte.

Die Arbeitnehmerin war hier der Auffassung, dass bei einer mehrfachen Inanspruchnahme von Elternzeit auch eine mehrfache Übertragung des Resturlaubsanspruchs gemäß § 17 Abs. 2 BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) erfolgen müsse. In dieser Vorschrift heißt es:

*„Hat der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den ihm oder ihr zustehenden Urlaub vor Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten, hat der Arbeitgeber den Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren.“*

Wird das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt, ist der Urlaub

abzugelten (§ 17 Abs. 3 BEEG). Die Regelung soll als dem Bundesurlaubsgesetz vorgehende Bestimmung sicherstellen, dass die Inanspruchnahme einer Elternzeit nicht zum Verfall des Erholungsurlaubs der Betroffenen führt.

Bislang hatte das BAG zur oben genannten Konstellation die Auffassung vertreten, dass der Anspruch auf Resturlaub jedoch dann verfallende, wenn sich an die erste Elternzeit eine zweite nahtlos anschliesse und der Urlaub wegen dieser zweiten Elternzeit bis zum „Stichtag“ (hier der 31. Oktober 2005) nicht genommen werden könne. Dementsprechend wurde die Klage in den ersten zwei Instanzen abgewiesen. Das BAG hingegen überraschte, indem es entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung der Klage stattgab.

Seine Entscheidung begründete das Gericht mit der Notwendigkeit einer verfassungs- und europarechtskonforme Auslegung des § 17 Abs. 2 BEEG unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes des Art. 3 GG sowie den Vorgaben der EU Arbeitszeitrichtlinie, der Gleichbehandlungsrichtlinie und den Wertungen aus Art. 8 und 11 der Mutterschutzrichtlinie. Im Ergebnis wären also – anders als bisher – die Resturlaubsansprüche abzugelten.

*Bettina Kreimer, bek@msa.se*

# Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

---

## ALTERSGRENZE FÜR UNVERFALLBARKEIT DER BETRIEBSRENTENANWARTSCHAFT – ALTERSDISKRIMINIERUNG?

Das Thema der betrieblichen Altersversorgung ist im Hinblick auf die Bestimmung der verschiedenen europarechtlichen Diskriminierungsrichtlinien bzw. des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf den Prüfstand gestellt, da die betriebliche Altersversorgung in der Regel im Hinblick auf Ansprüche stark nach Lebensalter und Betriebszugehörigkeit differenziert. In unserem letzten Newsletter (02/2008) berichteten wir von Entscheidungen, die die Frage betrafen, ob der Ausschluss von Partnern in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft aus den Systemen der betrieblichen Altersversorgung, die Witwen oder Witwern einen Versorgungsanspruch geben, rechtswidrig ist. Eine andere Frage stellt sich im Hinblick auf die Altersdiskriminierung in soweit, als in Anlehnung an § 1 BetrAVG a.F. viele Versorgungsordnungen Anwartschaften ausschließen, wenn – ungeachtet der Betriebszugehörigkeit – Arbeitnehmer vor Vollendung des 35. Lebensjahres das Unternehmen verlassen. Heute gilt, dass dann, wenn ein Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden das 30. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Versorgungszusage erlischt, selbst wenn die Altersversorgungszusage zu diesem Zeitpunkt schon fünf Jahre oder mehr bestanden hat. In der Fassung des Gesetzes bis zum Jahre 2000 galten eine Altersgrenze von 35 und ein Mindestbestand der Zusage von 10 Jahren. Der Arbeitnehmer, der also vor Erreichen des 35. Lebensjahres das Unternehmen verließ, verlor eine Altersversorgungszusage auch dann, wenn die Zusage mehr als 10 Jahre bestand. Diese Frage stellte sich auch in einem Sachverhalt, der einem Urteil des LAG Köln vom 18. Januar 2008, AZ 11 Sa 1077/07, zu Grunde lag. Der Kläger hatte das Unternehmen mit Vollendung des 34. Lebensjahres nach Bestehen einer Altersversorgungszusage von 18 Jahren verlassen. Er verlangte nunmehr unter Hinweis auf einen angeblichen Verstoß gegen Diskriminierungsrichtlinien bzw. das allgemeine europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung die Gewährung einer Betriebsrente. Er war der Auffassung, die Bestimmungen der Versorgungsordnung und des § 1 BetrAVG a.F. diskriminiere unzulässigerweise jüngere Arbeitnehmer. Das LAG Köln wies die Klage zurück, ließ jedoch die Revision zum Bundesarbeitsgericht zu. Es verwies darauf, dass die Regelung zulässig sei, da sie einen legitimen Zweck verfolge und verhältnismäßig sei. Sie stelle eine verhältnismäßige Regelung dar, um zum Einen Arbeitnehmer auch nach Vollendung des 35. Lebensjahres noch ein längerer Zeitraum zur Verfügung stünde, um andere Anwartschaften aufzubauen. Das LAG war der Ansicht, die Regelung sei verhältnismäßig, weil eine Regelung ohne Altersbeschränkung für Arbeitgeber besonders abschreckende Wirkung hätte. Eine solche würde zu erheblichem bürokratischem Aufwand führen. Anwartschaften von geringer Höhe müssten ggf. über 30 oder mehr Jahre verwaltet werden, wenn jüngere Arbeitnehmer ausscheiden. Um Arbeitgeber nicht von einer Gewährung von betrieblichen Altersversorgungen abzuhalten, sei somit eine Altersgrenze erforderlich gewesen. Diese Altersgrenze steht im Ermessen des Gesetzgebers.

*Dr. Christian Blotb, cbl@msa.se*

## RECHT AUF BEFÖRDERUNG IN „ANDEREN UMSTÄNDEN“

Wird eine schwangere Mitarbeiterin bei der Besetzung einer frei werdenden Stelle nicht berücksichtigt, so kann hierin eine zum Schadensersatz verpflichtende geschlechtsspezifische Benachteiligung im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB (nunmehr §§ 15, 7,1 AGG) wegen der Schwangerschaft liegen. So entscheiden vom Bundesarbeitsgericht in mit Urteil vom 24. April 2008 (8 AZR 257/07).

Die klagende Arbeitnehmerin leitete neben zwei weiteren männlichen Kollegen die „International Marketing“ Abteilung des Unternehmens. Als die Stelle ihres Vorgesetzten, dem „Vice President“ des Unternehmens frei werden sollte, bewarb auch sie sich, zu dieser Zeit bereits schwanger, um diese Stelle. Der Vorgesetzte, der um die Schwangerschaft wusste, vergab sie jedoch an einen der männlichen Kollegen. Das BAG entschied, dass bei der Nichtberücksichtigung einer schwangeren Arbeitnehmerin bei der Besetzung einer Beförderungsstelle grundsätzlich eine geschlechtsspezifische Benachteiligung in Betracht komme, soweit dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Entscheidung die Schwangerschaft bekannt ist. Dabei genüge es zur Glaubhaftmachung einer Benachteiligung, wenn die betroffene Arbeitnehmerin neben der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft weitere Tatsachen vortrage, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten ließen. An diesen Vortrag seien jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Die Klägerin hatte im Verfahren vorgetragen, der Vorgesetzte habe ihr seine Nachfolge in Aussicht gestellt. Darüber hinaus sei sie bei der Mitteilung ihrer Nichtberücksichtigung mit den Worten getröstet worden, sie solle sich doch auf ihr Kind freuen. Diesen Vortrag habe das LAG, an welches die Sache zurückverwiesen wurde, nun entsprechend zu berücksichtigen.

*Bettina Kreimer, bek@msa.se*

# Konzerninternes Outsourcing

Um Arbeitskosten zu sparen, wird immer wieder versucht eventuell nicht betriebsnotwendige Abteilungen eines Unternehmens im Wege des Outsourcing aus Unternehmen herauszulösen, ggf. in Einheiten mit „günstigeren“ Tarifverträgen zu transferieren, um auf diese Weise Arbeitskosten zu sparen. Reinigungskräfte sind nahezu ein Typfall für einen solchen Vorgang. Es stellt sich in diesen Dingen dann die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, der den übergeleiteten Arbeitskräften u.U. ihre Bedingungen bei dem abgebenden Betrieb erhalten würden. Auch in einem Urteil des BAG vom 21. Mai 2008 (8 AZR 481/07), das bisher nur in Form einer Pressemitteilung vorliegt, ging es um diesen Themenkreis. Die Arbeitnehmer(innen) waren Reinigungskräfte in einem von einem Kommunalunternehmen betriebenen Krankenhaus. Das Kommunalunternehmen gründete eine so genannte Service GmbH, bei der die Reinigungskräfte angestellt wurden. Sie wurden motiviert Aufhebungsverträge mit dem Kommunalunternehmen – als Träger des Krankenhauses – abzuschließen und gleichzeitig Arbeitsverträge zu geänderten Bedingungen mit der Service GmbH. Die Service GmbH stellte jedoch im Anschluss daran die Arbeitnehmerinnen dem Kommunalunternehmen wiederum zur Arbeitsleistung in den Krankenhäusern zur Verfügung, dass seinerseits Reinigungsmittel und Arbeitsgeräte beschaffte. Arbeitsanweisungen wurden – ebenfalls wie früher – durch das Kommunalunternehmen gegeben, nicht durch die Ser-

vice GmbH. Tatsächlich änderte sich für die Arbeitnehmer(innen) – bis auf die Entlohnung – nichts. Alleiniger Zweck der Service GmbH war die Stellung von Personal an das Kommunalunternehmen. Die Arbeitnehmerinnen machten mit Erfolg die Unwirksamkeit der von Ihnen abgeschlossenen Aufhebungsverträge geltend. Dieses mit Erfolg. Das BAG sah den Abschluss der Aufhebungsverträge als Verstoß gegen § 613 a BGB an, wonach wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochene Kündigungen unwirksam sind. Es ist anzunehmen, dass das Bundesarbeitsgericht angeführt hat, dass die durch die Arbeitnehmerinnen ausgeführte Tätigkeit vor und nach der Überführung der Arbeitsverhältnisse auf die Service GmbH identisch war, sie insbesondere auch in identischen betrieblichen Strukturen verlief, da die Arbeitsanweisung weiterhin durch das Kommunalunternehmen, nicht etwa die Service GmbH gegeben wurden und zudem alleiniger Zweck der Service GmbH die Stellung des Personals an das Kommunalunternehmen war. Auch hier zeigt sich wiederum, dass das Outsourcing, insbesondere auch wenn dieses konzernintern geschieht, immer wieder schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, die im Hinblick auf die Strukturen vor und nach der Überführung der Arbeitsverhältnisse sorgfältig zu planen und dann auch umzusetzen sind.

*Dr. Christian Bloth, cbj@msa.se*





Das Frankfurter Büro Mannheimer Swartlings befindet sich nun in den oberen Etagen dieses Bürohauses mit "Weitblick".

## Unzureichende Mitarbeiterinformation durch Siemens und BenQ

Bereits mehrfach haben wir in diesem Newsletter auf die Bedeutung des richtigen Informationsschreibens bei Betriebsübergang hingewiesen. Dass die Rechtsprechung hier im Hinblick auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der tatsächlichen, aber auch der rechtlichen Information äußerst penibel ist, kann gar nicht genug betont werden. Leider findet man in der anwaltlichen Beratung immer wieder Schreiben, die eher an eine allgemeine Presseinformation erinnern als ein auf das Arbeitsverhältnis eingehendes Informationsschreiben. Dass sich dieses Risiko auch bei „großen Übergängen“ verwirklicht, zeigen die – nicht rechtskräftigen – Urteile vom 29. April 2008 (Aktenzeichen: 6 Sa 148/08 u.a.) des Landesarbeitsgerichtes Düsseldorf (LAG), mit denen mehrere Urteile der Vorinstanz, in denen das Informationsschreiben anlässlich des Betriebsübergangs der Mobiltelefonsparte von Siemens AG auf BenQ Mobile GmbH & Co. oHG als nicht ausreichend erachtet worden war, bestätigt wurden. Auf Grund der späteren Insolvenz der BenQ hatte dieses Faktum für die klagenden Arbeitnehmer große Bedeutung, dass so die eventuelle „Rückkehr“ zur Siemens AG ermöglicht wurde.

Ausschlaggebend war für das LAG zum einen, dass die in dem Informationsschreiben angegebene Anschrift des Betriebserwerbers nicht korrekt angegeben war. Zum anderen war aber die Identität des Betriebserwerbers selbst falsch angegeben, da nicht BenQ aus Taiwan, sondern BenQ GmbH & Co oHG mit lediglich Euro 50.000 Haftungskapital Erwerberin war. Auch das geringe Haftungskapital war nicht erwähnt worden.

Aus Sicht von Siemens unangenehme Folge dieser unzureichenden Information ist, dass die Widerspruchsfrist von einem Monat ab Zugang der Information über den Betriebsübergang gemäß § 613a BGB mangels Erfüllung der Mindestanforderungen nicht zu laufen begonnen hatte. Die betroffenen Mitarbeiter konnten daher auch zu einem erheblich späteren Zeitpunkt – als sich die Insolvenz des Betriebsübernehmers bereits abzeichnete – dem Übergang ihres Anstellungsverhältnisses widersprechen. Folglich sind diese Mitarbeiter wegen ihres Widerspruchs gegen den Übergang ihres Anstellungsverhältnisses nach wie vor als Mitarbeiter der Siemens AG anzusehen. Offen ist natürlich, ob Siemens bei Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit den „Rückkehrern“ nicht berechtigt die betriebsbedingte Kündigung aussprechen kann. Gegen die Urteile kann Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

*Roland Weiss, rwe@msa.se*

Mannheimer Swartling is the leading commercial law firm in Nordic region with international practice and assignments all over the world. By combining the highest legal competence with industry knowhow, we offer our clients professional legal advice with added value. For several consecutive years, we have been chosen as the favourite law firm of both clients and students. In 2007 the firm had a turnover in the order of €120 million and has today approximately 670 employees.

For more information, see [www.mannheimerswartling.de](http://www.mannheimerswartling.de)

