

ArbeitnehmerAnwälte

Rundbrief Nr. 5
Dezember 2008

Die Anwaltskooperation
für ArbeitnehmerInnen,
Betriebs- und Personalräte

Ausgewogen oder ausgebufft?

Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes in der Kritik

Vor rund zwei Jahren legten zwei Professoren den Entwurf eines neuen Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG-E) vor, in dem große Teile des Arbeitsrechts geregelt sind. Eine Chance, das Arbeitsrecht durchschaubarer zu machen, aber auch eine Gefahr für die bestehenden Arbeitnehmer-Rechte. Der Entwurf wurde in der Folgezeit manchmal so sehr gelobt, dass man den Eindruck gewinnen konnte, es gebe keine Kritiker. Doch nicht nur die Gewerkschaften, auch Arbeitgebervereinigungen lehnen den Entwurf ab. Und viele Rechtsanwälte warnen mittlerweile vor dem Gesetz.

Für die Arbeitgeberinteressen wäre das ArbVG nicht der ganz große Wurf: Arbeitsrecht bleibt auch in diesem Entwurf Arbeitnehmerschutzrecht und gibt die bekannten grundsätzlichen Sicherheiten wie etwa den Kündigungsschutz. Totale Flexibilität beim Arbeitskräfteeinkauf und null Risiko – derartige Arbeitgeber-Träume will das Gesetz nicht erfüllen. Mit seinen fast 150 Paragraphen ist es aber groß genug, um die eine oder andere „Gemeinheit“ versteckt zu halten. Manch eine vorgesehene Regelung hat aus Arbeitnehmersicht Sprengstoffqualität, obwohl die Verfasser und Fürsprecher des Entwurfs immer wieder von einem

Franzmann Büdel Bender
Fachanwälte für Arbeitsrecht

**Armin Franzmann, Detlef Büdel,
Achim Bender, Yvonne Geilen,
Jan Brückmann**

**Petersstraße 4
60313 Frankfurt am Main
Telefon 069 - 133 85 81 - 0
Telefax 069 - 133 85 81 - 14
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de
www.fbb-arbeitsrecht.de**

bloßen „Restatement“ (d. h. einer Neuformulierung) sprechen. Das, was jetzt in vielen einzelnen Gesetzen verstreut geregelt oder nur „Richterrecht“ ist, soll systematisch geordnet niedergelegt werden.

Dass sich der ArbVG-Entwurf keineswegs



© Jenzig71 / www.PIXELIO.de

hierauf beschränkt, sondern auch beherzt an der einen oder anderen Stellschraube dreht, haben mittlerweile etliche Arbeitsrechtler erkannt und aufgedeckt. Viele sind Mitglied der Kooperation „ArbeitnehmerAnwälte“, die das Gesetzgebungsvorhaben in der vorgeschlagenen letzten Fassung von 2007 ablehnt.

An einigen Beispielen ist die Gefahr zu erkennen, die der ArbVG-E für die Arbeitnehmer darstellt:

❶ Arbeitsverhältnisse bestehen grundsätzlich unbefristet. Will man sie von vornherein nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eingehen, muss diese Befristung schriftlich vereinbart werden. Fangen Arbeitnehmer mit der Arbeit an, ohne dass vorher die Befristung formgerecht vereinbart worden ist, entsteht automatisch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Der ArbVG-Entwurf sieht demgegenüber vor, dass Formfehler innerhalb eines Monats behoben werden können.

Grundsätzlich kann man nicht grundlos befristen, sondern braucht einen der im Gesetz aufgezählten Befristungsgründe (zum Beispiel Vertretung eines ausgefallenen Arbeitnehmers). Anderenfalls würden



© hofschlaeger / www.PIXELIO.de

Arbeitgeber vermutlich nur noch befristet einstellen, und der

Kündigungsschutz würde leerlaufen. In engem Rahmen sind aber sachgrundlose Befristungen möglich, um den Arbeitgebern einen Anreiz für risikolose Einstellungen zu geben. Dabei gilt aber ein „Anschlussverbot“: Wer einmal bei einem Ar-

beitgeber beschäftigt war, kann mit diesem Arbeitgeber ein

befristetes neues Arbeitsverhältnis nur noch mit besonderen Gründen schließen. Eine sachgrundlose Befristung ist dauerhaft ausgeschlossen. Mit dieser Regelung soll einem Missbrauch der Befristung vorgebeugt werden. Nach dem ArbVG-Entwurf soll das Anschlussverbot nur zwei Jahre gelten, so dass immer wieder ohne besonderen Grund Befristungen vereinbart werden könnten, obwohl früher schon einmal – vor mehr als zwei Jahren – ein oder mehrere Arbeitsverträge bestanden. Das erlaubt Missbrauch, zum Beispiel durch die immer beliebter werdende Arbeitnehmerüberlassung durch Tochter- oder Schwestergesellschaften,

von denen man Arbeitnehmer für zwei Jahre entleihen kann, um sie dann wieder selbst einzustellen, sie anschließend wieder zu entleihen usw.

❷ § 115 Abs. 2 des Entwurfs sieht zur betriebsbedingten Kündigung vor, dass betriebliche Gründe die Kün-

digung rechtfertigen, wenn aufgrund einer „nicht offensichtlich unsachlichen oder willkürlichen unternehmerischen Entscheidung“ das Bedürfnis für die Beschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend entfällt. Abgeschafft (gegenüber § 1 KSchG) würde so das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit der betrieblichen Gründe. Als nicht dringlich – sofern darin überhaupt ein betrieblicher Grund liegt – lässt sich etwa das Streben nach Gewinnmaximierung ansehen. Gegen Kündigungen, die zum Beispiel nur der Steigerung

*Betriebsbedingte
Kündigungen
erleichtert*

*Einschnitte im
Befristungsrecht*

des Aktienkurses dienen sollen, hätten wir einen gesetzlichen Ansatzpunkt weniger. Zugleich wird die „freie unternehmerische Entscheidung“ mit der Kraft des Gesetzes ausgestattet. Dabei handelt es sich um eine Erfindung des Bundesarbeitsgerichts, die die wirtschaftlichen und sogar betriebsorganisatorischen Eckpunkte, die einer Kündigung zugrunde liegen, der vollen gerichtlichen Prüfung entzieht.



© hofschlaeger / www.PIXELIO.de

Weiter sollen die Kriterien für die soziale Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern drastisch beschränkt werden: Nur noch die Dauer der Unternehmenszugehörigkeit und die im Zeitpunkt der Kündigung bestehenden und dem Arbeitgeber bekannten Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers sollen maßgeblich sein. Lebensalter und Schwerbehinderung werden entgegen jetziger Rechtslage ausgeklammert. Eine erhebliche Schlechterstellung der Älteren und der Schwerbehinderten gegenüber der jetzigen Rechtslage wäre die Folge.

☛ Nach dem ArbVG-E müssen Arbeitnehmer vorübergehend Überstunden leisten, wenn es der Arbeitgeber verlangt. Arbeitnehmer müssen auch aus dringenden betrieblichen

Tätigkeitsinhalt entgegen dem Arbeitsvertrag

Gründen an einem vom Arbeitsvertrag ab-

weichenden Ort arbeiten oder eine vom Vertrag abweichende Tätigkeit ausüben, soweit nicht überwiegende persönliche Gründe der Arbeitnehmer dem entgegenstehen. Damit würde die Rechtslage massiv verschlechtert, denn derzeit können sich die Arbeitnehmer hinsichtlich der Tä-

tigkeit außer in Notfällen jederzeit darauf berufen, welche Beschäftigung in ihrem Arbeitsvertrag vereinbart ist. Selbst wenn

dort, vom Arbeitgeber vorformuliert, steht, dass auch andere Tätigkeiten übertragen werden können, ist dies nach der Rechtsprechung nur in engen Grenzen wirksam; insbesondere muss die

Gleichwertigkeit der Tätigkeit sichergestellt sein. Mit dem ArbVG-E würde der Schutz vor Änderungskündigungen umgangen werden.

Noch mehr lässt § 98 ArbVG-E die Alarmglocken läuten: Danach kann der Arbeitsvertrag zu Lasten des Arbeitnehmers auch stillschweigend geändert werden, wenn der Arbeitnehmer auf ein schriftliches Änderungsverlangen des Arbeitgebers vorbehaltlos weiterarbeitet und nicht binnen einem Monat widerspricht.

☛ Leiharbeiter dürfen nach derzeitiger Rechtslage die Arbeit verweigern, wenn im Einsatzbetrieb gestreikt wird. Nach dem ArbVG-E dürfen sie das immer noch – nur verlieren sie dann auch ihren Lohnanspruch und werden deshalb lieber arbeiten und dem Streik so den Druck nehmen.

Leiharbeiter schwächen den Streik

W weitere Beispiele sind in der Fachpresse veröffentlicht und wurden außerdem am 8. November auf einer Podiumsdiskussion diskutiert, zu der die Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen (VDJ) nach Frankfurt am Main eingeladen hatte. Auf dem Podium war neben dem BAG-Richter

Düwell, Professor Däubler und dem Fachanwalt für Arbeitsrecht Michael Schubert als Verfechter des Entwurfs Dr. Stefan Greiner von der Universität Köln vertreten, der zu den Mitarbeitern von Professor Preis – einem der Entwurfs-

Förderung der „Binnenflexibilität“

Autoren – gehört. Greiner machte unter anderem deutlich, worum es den Verfassern mit ihrem Entwurf geht: um mehr Flexibilität im Arbeitsverhältnis. Vor allem die „Binnenflexibilität“ soll demnach gefördert werden. Das bedeutet, es soll nicht der Schutz des Bestehens des Arbeitsverhältnisses verringert werden, sondern innerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses mehr Veränderungsspielraum geschaffen werden.

Wie die oben genannten Beispiele zeigen, greift der Entwurf allerdings sowohl den „Innenbereich“ (Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis) als auch den „Außenbereich“ (Schutz des Bestandes des Arbeitsverhältnisses) an. Dass es teilweise arbeitnehmerfreundliche

Regelungsvorschläge gibt, soll nicht verschwiegen werden, betrifft jedoch nicht die in der Praxis wichtigsten Gebiete. Im laufenden Arbeitsverhältnis nämlich, so

Arbeitnehmerfreundlichkeit dort, wo sie nichts nützt

zeigt die Erfahrung, gibt es ohnehin die Praxis, sich unabhängig von der Rechtslage miteinander zu arrangieren.

Um die Feinheiten der Paragraphen und Vertragsklauseln wird oft gestritten, wenn es an den Bestand des Arbeitsverhältnisses geht, also eine Kündigung ausgesprochen ist oder eine Befristung auslaufen soll. Hier an der ohnehin – auch im innereuropäischen Vergleich – nicht sehr arbeitnehmerfreundlichen Rechtslage noch etwas zu „flexibilisieren“ (= verschlechtern), lehnen die ArbeitnehmerAnwälte entschieden ab.

Die Kooperation ArbeitnehmerAnwälte

Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Auf Wunsch führen wir Schulungen durch.

Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich an zehn Standorten in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg, Hannover, Konstanz, München, Nürnberg und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Mehr Flexibilität zu fordern, heißt, an die regulierenden Kräfte des Marktes zu glauben. Wohin dieser Glaube im Arbeitsrecht führt, können wir leicht beobachten: Die bereits Mitte der 1980er-Jahre eingeführte Möglichkeit, Arbeitsverhältnisse für einen gewissen Zeitraum nur befristet abzuschließen, ohne hierfür einen besonderen Grund haben zu müssen, hätte nach der Theorie der Flexibilisierer dazu führen müssen, dass massenhaft neue Arbeitsverhältnisse eingegangen werden, denn man wird die Arbeitnehmer ja ohne Weiteres wieder automatisch los – ohne Rechtsstreit, ohne Abfindung. Ersichtlich ist das Einstellungsverhalten der Ar-

beitgeber aber nicht auf diese Weise arbeitsrechtlich steuerbar, sondern hängt vielmehr vom Arbeitskräftebedarf ab. Und der wird dank stetiger Rationalisierung, Auslandsverlagerung, Ausgliederung usw. – von Konjunkturschwankungen abgesehen – immer kleiner.

Wie der Schuss der Flexibilisierung nach hinten losgeht, zeigt das sehr junge Beispiel der Deregulierung der Leiharbeit durch das zum 1. Januar 2003 reformierte Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Führt die Leiharbeit bis dahin eher ein Nischendasein für das Auffangen von Auftragsspitzen und dergleichen, verursachte die neue Rechtslage einen Boom der Leiharbeit. Wo der Gesetzgeber von Einstiegshilfen für Arbeitslose in Normalarbeitsverhältnisse geträumt haben mag, wussten die Arbeitgeber das neue Gesetz für sich zu nutzen: Eine Gründungswelle überschwappte das Land, in der viele große Arbeitgeber ihr eigenes Arbeitnehmerüberlassungs-Unternehmen gründeten, um sich anschließend von dort die Arbeitnehmer zurückzuleihen. Und zwar zu deutlich niedrigeren Tarifen, denn die Leiharbeitsbranche hat ihre eigenen Tarifverträge. Engagierte Betriebsräte haben gegen diese Praxis gekämpft und die Rück-Einstellungen der nunmehr verbilligten Kollegen abzuwehren versucht. Von vielen Gerichten bekamen sie – vereinfacht – zu hören, zwar sei die Konstruktion schon etwas merkwürdig, aber keineswegs rechtsmissbräuchlich, und der Gesetzgeber habe es eben so gewollt. Wir meinen: Nein, das hat der Gesetzgeber nicht gewollt! Eine Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein sieht das ähnlich und hat in einem Fall von dauerhaft ausgeliehenen Busfahrern ein unzulässiges Strohmangengeschäft gesehen. Die Entscheidung vom 18. Juni 2008 wird in diesem Rundbrief vorgestellt.

Flexibilität braucht Sicherungen

Wenn wir Flexibilität im Arbeitsverhältnis brauchen, dann nicht im freien Spiel der Kräfte zwischen dem Arbeitgeber und seinem in der Regel unterlegenen Vertragspartner, dem Arbeitnehmer. Sondern abgesichert durch kollektivrechtliche Mechanismen. Vieles

können nach bestehender Rechtslage die Betriebsräte und die Gewerkschaften abweichend vom gesetzlichen Regelfall vereinbaren und sind dabei besonnener und stärker als der Einzelne.

Wie der ArbVG-Entwurf den Arbeitgeberinteressen Rechnung trägt, zeigt noch ein anderer Grundsatz, den Greiner bei der Podiumsdiskussion am 8. November formulierte: nämlich dass man mit dem vorgeschla-

*Konzept:
Benachteiligung
als Standard*

genen Gesetz weitestmöglich die arbeitsvertragliche Realität abbilden wolle. Hintergrund: Die Gesetzeslage ist derzeit oft besser für den Arbeitnehmer als diejenige Rechtslage, die sich durch seinen Arbeitsvertrag ergibt. Der Arbeitsvertrag ist nämlich oft ein sog. Formularvertrag, der vom Arbeitgeber vorgegeben wird und der darauf abzielt, für den Arbeitgeber eine Rechtsverbesserung herauszuholen. Wegen dieser benachteiligenden Tendenz unterliegen die Formularverträge der sog. AGB-Kontrolle; das heißt, der Vertrag darf im „Kleingedruckten“ keine Überraschungen enthalten und nicht zu stark von dem gesetzlichen Regelfall abweichen. Die Arbeitgeber, die Sorgfalt in die Vertragsgestaltung investieren, nutzen nun ihre so gegebenen Spielräume fleißig aus und schreiben beispielsweise in die Verträge hinein, dass sie den Arbeitnehmer nach einer Kündigung nicht mehr beschäftigen müssen (Freistellung), auch wenn noch Monate bis zum Kündigungstermin (Ablauf der Kündigungsfrist) vergehen können. Nach § 611 BGB dagegen kann der Arbeitnehmer während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses verlangen, auch tatsächlich eingesetzt zu werden. Das kann nicht nur wichtig sein, damit ihm zuhause nicht „die Decke auf den Kopf fällt“, sondern auch, um nicht den Anschluss an die Arbeit, den Stand der Technik usw. zu verlieren – und nicht

zuletzt auch um die weitere Entwicklung im Betrieb während eines Kündigungs-schutzprozesses im Auge behalten zu können.

Schriftliche Arbeitsverträge sind voll von derartigen kleineren oder größeren Benachteiligungen. Wenn diese nun zum Gesetz würden, hätte das zwar den Vorteil, dass ein Blick ins Gesetz nicht eine günstigere Rechtslage vortäuschen würde, als sie besteht. Ob dieser Vorteil aber gewichtig ist, mag bezweifelt werden; denn wenn man davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer in Rechtsfragen überhaupt selbst Regelungen liest, dann wohl am ehesten diejenigen in seinem Arbeitsvertrag und nicht die im Gesetz. Jedenfalls ist der Vorteil der größeren Durchschaubarkeit eindeutig nicht groß genug, um den Nachteil einer Verschlechterung der Rechtslage zu rechtfertigen. Es sind ja bei Weitem nicht alle Arbeitsverhältnisse durch Formularverträge geregelt. Und nach dem Ansatz der Entwurfsverfasser würde das Gesetz seinen Idealcharakter verlieren und, quasi mit einem einzigen Federstrich, alle Benachteiligungen, die die Arbeitgeber im Laufe der Jahre formuliert und gegenüber der AGB-Kontrolle verteidigt haben, mit Gesetzesrang ausgestattet werden.

Einen derartig einseitigen Ansatz der Rechtsveränderung lehnt unsere Kooperation ab.

Und wer steckt nun eigentlich dahinter? Immerhin wurde der „Preis für gute Gesetzgebung“ den Autoren im Frühjahr 2007 in den Räumen des Deutschen Bundestages verliehen. Der Bundestag hat aber mit dem Geset-

zesentwurf überhaupt nichts zu tun. Auftraggeber ist die private Bertelsmann-Stiftung, Eignerin von mehr als der Hälfte der Anteile der Bertelsmann AG, des Kopfes eines der weltgrößten Medienkonzerne. Diese Stiftung hat es sich zur Aufgabe gemacht, gesellschaftliche Probleme zu erkennen und Lösungen hierfür zu erarbeiten. Für ihre Projekte hat die

Wer steckt dahinter?

Stiftung allein im Jahr 2006 über 47 Millionen Euro aufgewendet. Sie beschäftigt über 300 Mitarbeiter. Es dürfte sich um die größte und einflussreichste Stiftung ihrer Art handeln. Ihr Geld – aus den Konzerngewinnen – gibt sie ausschließlich für ihre eigene politische Arbeit aus. Eine Förderung Dritter, zum Beispiel über Stipendien, findet nicht statt. Die Stiftung sieht ihre Arbeit als von der Erkenntnis geprägt, „dass unternehmerisches Denken und Handeln entscheidend dazu beitragen, Problemlösungen für die verschiedenen Bereiche unserer Gesellschaft zu entwickeln und erstarrte Strukturen aufzulösen“. Sie will „eigenverantwortliches Handeln auf allen Ebenen der Gesellschaft“ fördern. Hierzu hat sie mit den Kölner Professoren Martin Henssler und Ulrich Preis im Jahr 2005 zwei renommierte Arbeitsrechtswissenschaftler mit

der Erarbeitung des ArbVG-Entwurfs beauftragt.







Noch handelt es sich bei dem Entwurf um eine unverbindliche private Ideensammlung, die erst politisch aufgegriffen werden müsste, um Gesetz werden zu können. Welche

Chancen der Entwurf hat, Gesetz zu werden, darüber wird wechselhaft spekuliert.



© doctore123 / PIXELIO

Aus Arbeitnehmersicht ist der Entwurf jedenfalls klar abzulehnen, da den massiven Einschnitten in Arbeitnehmerrechte kein auch nur annähernd gleichgewichtiger Vorteil gegenübersteht.

Siehe:  www.arbvg.de (Website des Projekts)
 NZA-Beilage 2007, Heft 21 (Entwurfstext)
 AuR 6/2008, 197 ff. (kritische Beiträge verschiedener Autoren)  Kahl/Fricke, AiB 2008, 265 (kritische Stellungnahme mit Beispielen)
 Schüren, AuR 2008, 293 (Kritik am Entwurf insb. hinsichtlich Leiharbeit)  Wroblewski, NZA 2008, 622 (Beitrag mit Geschichte, Übersicht über den Meinungsstand, Kritik und weiteren Beispielen)

LAG Schleswig-Holstein gegen Scheinleiharbeit

Rechtsmissbräuchliche Umgehung der Gleichbehandlung – Betriebsrat kann Zustimmung verweigern

Seit den 2003 in Kraft getretenen gesetzlichen Lockerungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) haben viele Arbeitgeber die Leiharbeit für sich entdeckt. Allerdings nicht, um vorübergehenden Arbeitskräftebedarf zu decken oder Leiharbeitnehmer mit der Option zum Festeinstieg zu erproben, sondern zur Umgehung der Branchentarifverträge und betrieblicher Vereinbarungen.

Dauerhaft benötigtes Personal wird über neu gegründete eigene Leiharbeitsunternehmen eingestellt. Die Formal-Leiharbeiter machen dauerhaft die gleiche Arbeit wie ihre Kollegen und sind auch genauso in den Betrieb eingebunden, bekommen aber weniger Geld, weil der vom Entleiher gesteuerte Verleiher nicht tarifgebunden ist. Betriebsräte, die derartige Einstellungen nicht dulden wollten, hatten bislang wenig Erfolg vor Gericht. Die Arbeitsgerichtsbarkeit gab

sich machtlos. Dass es auch anders geht, zeigt eine neue Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein:

Der betroffene Arbeitgeber, ein Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs, beabsichtigte die Einstellung von sieben Leiharbeitnehmern. Verleiher dieser Arbeitnehmer war eine zum selben Konzern gehörende Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaft ohne eigene Arbeitnehmer und Betriebsmittel, die nur an andere konzernangehörige Firmen Arbeitnehmer verleihen sollte. Verwaltungstätigkeiten und Personalwirtschaft sollten nicht von der Verleiher-Firma, sondern von den entleihenden Konzernschwestern selbst übernommen werden.

*Leiharbeit als
Tarifumgehungs-
maßnahme*

Ziel dieser Konstruktion war es, Personalkosten einzusparen, indem die Leiharbeiter zu durchweg schlechteren Bedingungen als die übrigen Arbeitnehmer beschäftigt werden sollten. Das unternehmerische Konzept sah vor, die in Betriebsvereinbarungen mit den übrigen Tochtergesellschaften festgelegten Anwesenheitsprämien, Vergütungen für Vor- und Nachbereitungszeiten, Zuschläge, Urlaubs- und Weihnachtsgeld zu umgehen oder nur in geringerer Höhe zu gewähren.

Der Betriebsrat stimmte der Einstellung der Leiharbeiter nicht zu. Der Arbeitgeber beantragte die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung, was das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein abgelehnt hat.

Das Gericht hat die Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat für rechtmäßig erklärt. Es sieht in dem geplanten Verleih eine unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und erklärt das unternehmerische Konzept, durch das der Gleichbehandlungs-

grundsatz untergraben wird, für rechtsmissbräuchlich.


Das AÜG sieht für die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte eine Erlaubnispflicht vor. Nach dem LAG war für die Verleihung von Arbeitnehmern eine – hier nicht vorliegende – Erlaubnis erforderlich, weil kein Fall einer nur vorübergehenden konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung vorlag, da die Leiharbeiter gerade zum Zweck des Einsatzes bei anderen Konzerntöchtern eingestellt werden sollten. Die Verleihfirma handelte auch gewerbsmäßig, denn zwischen ihr und der Konzernmutter bestand ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Bezüglich der Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit war nach dem LAG nicht nur auf den Verleiher selbst, sondern auch auf die Konzernmutter abzuheben, die zweifellos mit Gewinnerzielungsabsicht und daher gewerbsmäßig handelte. Da die für die Arbeitnehmerüberlassung somit erforderliche Erlaubnis nicht vorlag, durfte der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeiter verweigern (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG).

Bedeutsamer ist jedoch die zweite Begründung für ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Nach dem LAG war der Betriebsrat auch deshalb zur Zustimmungsverweigerung berechtigt, weil es sich bei der Leiharbeit im konkreten Fall um eine rechtsmissbräuchliche Umgehungskonstruktion handelte (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i. V. m. § 242 BGB). Eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung ist demnach jedenfalls dann unzulässig, wenn die Konstruktion darauf gerichtet ist, innerbetrieblich geschuldete Leistungen nicht erbringen zu müssen, ohne die eigenen betrieblichen und personalverwaltungsmäßigen Abläufe ändern zu müssen. Die Schaffung eines bloßen „Papiertigers“ in Form einer Strohmänn-

Verleihfirma ist rechtsmissbräuchlich, weil sie zum Verlust des Anspruchs auf Gleichbehandlung („equal pay“) führt, der die gleiche Vergütung von Leiharbeitnehmern und im Entleiherbetrieb beschäftigten vergleichbaren Arbeitnehmern fordert.

Strohmänner sind keine Verleiher

Der Beschluss des LAG Schleswig-Holstein ist ein wichtiges Signal gegen die Zweckentfremdung der Leiharbeit zur Tarif- und Betriebsvereinbarungsumgebung. Der sorgfältig begründeten Entscheidung ist zu wünschen, dass sie auch vor dem Bundesarbeitsgericht Bestand haben wird, bei dem ein Rechtsbeschwerdeverfahren anhängig ist. Auch aus unserer Kooperation werden in ähnlichen Fällen aktuell Rechtsbeschwerdeverfahren geführt.

Siehe:  LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.06.2008 (3 Ta BV 12/08), DB 2008, 2428; Aktenzeichen beim BAG: 1 ABR 63/08

Eigenen Arbeitnehmern kündigen, Leiharbeiter behalten?

LAG Hamm: statt betriebsbedingt zu kündigen, Leiharbeit auf vergleichbaren Arbeitsplätzen reduzieren

Der zunehmende Einsatz von Leiharbeitnehmern und seine Auswirkungen auf die Stammbeslegschaft stehen auch im Mittelpunkt einer Entscheidung des LAG Hamm.

Hier klagte ein Arbeitnehmer, der bei einem Automobil-Zulieferer beschäftigt war, gegen die betriebsbedingte Kündigung seines Arbeitsverhältnisses. Er machte geltend, dass die Beklagte auf vergleichbaren Arbeitsplätzen dauerhaft Leiharbeiter einsetzte.

Das LAG Hamm erklärte die Kündigung für unwirksam, weil die mit Leiharbeitnehmern besetzten Dauerarbeitsplätze als freie Arbeitsplätze anzusehen seien. Eine Kündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Vor der betriebsbedingten Kündigung hätte der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer einen solchen freien, von einem Leiharbeitnehmer besetzten Platz, anbieten müssen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, seine Organisationsentscheidung, mit wie vielen Arbeitnehmern und in welcher Art und Weise er die anfallende betriebliche Tätigkeit organisieren will, zunächst mit der Stammbesellschaft umzusetzen.

Das Gericht begründet seine Auffassung mit der Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), wonach die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer grundsätzlich nach Ablauf von sechs Monaten Kündigungsschutz genießen sollen.

Leiharbeitsplätze sind freie Arbeitsplätze

Die nach § 1 Abs. 3 KSchG erforderliche Sozialauswahl würde ausgehebelt,


wenn Leiharbeitnehmer auch im Fall betriebsbedingter Kündigungen der Stammbesellschaft auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden dürften.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage, ob mit Leiharbeitnehmern besetzte Dauerarbeitsplätze als freie Arbeitsplätze im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes anzusehen sind, bisher nicht entschieden. Gegen das Urteil des LAG Hamm ist die Revision zugelassen.

Angesichts früherer Entscheidungen des BAG ist es nicht ausgeschlossen, dass sich das Gericht dem LAG Hamm anschließen wird. So hat es in einem Urteil vom 01.03.2007 (2 AZR 650/05) entschieden, dass die unternehmerische Organisations-

freiheit nicht um ihrer selbst Willen besteht. In eine andere Richtung weist allerdings die BAG-Entscheidung vom 13.03.2008 (2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878), nach der es dem Arbeitgeber unbenommen ist, allen Arbeitnehmern mit einer bestimmten Funktion betriebsbedingt zu kündigen, um ihnen die Fortsetzung der Tätigkeit als Selbstständige anzubieten.

BAG-Meinung abzuwarten

Siehe:  LAG Hamm, Urteil vom 21.12.2007 (4 Sa 1892/06), Revision zugelassen, www.justiz.nrw.de

Teilkündigung von Betriebsvereinbarungen zulässig

BAG hält BV in der Regel für teilbar – Vorsicht beim Abschluss

Unbefristete Betriebsvereinbarungen enden durch Kündigung. Dann verhandelt man über eine neue Regelung. Aber kann man seine Kündigung auch auf die ungeliebten Teile beschränken und den Rest bestehen lassen?

Ein Arbeitnehmer verlangte von seinem Arbeitgeber einen Fahrtkostenzuschuss, der bislang aufgrund einer Betriebsvereinbarung gewährt worden war. Diese Betriebsvereinbarung hatte neben dem Fahrtkostenzuschuss zahlreiche weitere Gegenstände wie Arbeitskleidung, Essensgeldzuschuss, Lohn- und Gehaltszahlung geregelt. Der Arbeitgeber hatte diese „Betriebsvereinbarung Fahrtkostenzuschuss“ gekündigt und die entsprechenden Zahlungen anschließend eingestellt.

Das Bundesarbeitsgericht sieht in dieser Kündigung eine wirksame Teilkündigung. Im Gegensatz zu Tarifverträgen und Arbeitsverträgen seien bei Betriebsvereinbarungen Teilkündigungen mög-

lich. Für den Fall, dass die Teilkündigung in der Betriebsvereinbarung selbst nicht geregelt ist, hält das BAG sie für möglich,



BAG: Betriebsvereinbarungen in der Regel teilbar

wenn durch sie weder das der Betriebsvereinbarung zugrunde liegende Ordnungs-

gefüge noch ein von den Betriebsparteien ausdrücklich vereinbartes Äquivalenzgefüge gestört wird. Das heißt: Wenn nicht aus der Vereinbarung selbst ein Zusammenhang der Einzelregelungen deutlich wird, können diese auch unabhängig gekündigt werden.

Diese Entscheidung erleichtert es Arbeitgebern, sich einseitig von einzelnen in Betriebsvereinbarungen gegebenen Zusagen zu lösen. Dieses Ergebnis ist oft problematisch. Das Gericht unterstellt nämlich, dass die in Betriebsvereinbarungen geregelten Angelegenheiten nicht in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stünden. Diese Sichtweise berücksichtigt nicht, dass Betriebsvereinbarungen in der Praxis häufig Kompromisse darstellen und ebenso wie Tarifverträge Ausdruck gegenseitigen Nachgebens sind. Ein Zugeständnis bei dem einen Thema, ein Vorteil bei einem anderen – das sind normale Verhandlungsergebnisse, die dann in eine einheitlich unterzeichnete Gesamtregelung münden. Fallen einzelne Regelungen durch eine Teilkündigung weg, spiegelt die Rest-Betriebsvereinbarung nicht mehr das Ergebnis des kompromisshaften Aushandelns wider.

Fazit: Soll die Gefahr von Teilkündigungen ausgeschlossen werden, kann nach dieser BAG-Entscheidung nur geraten werden, eine entsprechende deutliche Regelung in die Betriebsvereinbarung aufzunehmen, die die Teilkündigung verbietet.

Siehe:  BAG, Urteil vom 06.11.2007 (1 AZR 826/06), NZA 2008, 422  § 77 Abs. 5, 6 BetrVG

Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderung

LAG Schleswig-Holstein: BR kann Betriebsänderung stoppen, um seine Beteiligung zu sichern


Unterlassungsansprüche bei Betriebsänderungen, die die Unterrichtung und Beratung des Betriebsrats (§ 111 BetrVG) sichern sollen, sind rechtlich umstritten. Eine Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein hat sich jetzt deutlich für Unterlassungsansprüche ausgesprochen.

Ein Arzneimittelhersteller wollte eine Betriebsänderung durchführen, die zum Wegfall mehrerer Hundert Stellen führen sollte. Einen Monat, nachdem der Betriebsrat erste Informationen über eine Betriebsänderung erhalten hatte, veröffentlichte der Arbeitgeber schon im Intranet einen Frage-Antwort-Katalog, der unter anderem die Frage bejahte, ob freiwillig vorzeitig kündigende Arbeitnehmer auch eine Abfindung nach dem künftigen Sozialplan erhalten würden. Nach Veröffentlichung dieser Information gingen beim Arbeitgeber zwischen 15 und 30 Eigenkündigungen von Mitarbeitern ein.

Der Betriebsrat beantragte beim Arbeitsgericht, dem Arbeitgeber per einstweiliger Verfügung die Durchführung der Betriebsänderung zu verbieten. Damit hatte er zunächst Erfolg. Das LAG lehnte den Unterlassungsanspruch dann zwar ab, weil die Veröffentlichung des Katalogs noch nicht der Beginn der Personalabbaumaßnahme gewesen sei. Grundsätzlich spricht sich das LAG in dieser Entscheidung aber für einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen aus.

Das ist nicht selbstverständlich, weil es unter den Landesarbeitsgerichten keine einheitliche Rechtsprechung zu diesem Thema gibt. Dem LAG Schleswig-Holstein ist zuzustimmen. Denn der Betriebsrat hat bei Betriebsänderungen gemäß § 111 BetrVG einen Unterrichts- und Beratungsanspruch, und dieser Anspruch kann nur verwirklicht werden, wenn der Arbeitgeber nicht eigenmächtig vollendete Tatsachen schaffen kann, indem er die geplante Betriebsänderung vornimmt. Bei bereits durchgeführten Maßnahmen nützt die Information nichts mehr, und sie können nicht mehr sinnvoll beraten werden, weil dem Betriebsrat nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, noch Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung zu nehmen.

Das Gericht stützt seine Argumentation dementsprechend auch auf Art. 8 der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2002 („Anhörungsrichtlinie“), der effektive Konsultationen der Arbeitnehmervertreter vor grundlegenden Änderungen der Beschäftigungssituation verlangt.

Siehe:  LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 20.07.2007 (3 TaBVGa 1/07), NZA-RR 2008, 244

Lidl muss hohe Bußgelder zahlen

Fast 1 ½ Millionen € für schwere Datenschutzverstöße

Wie Anfang 2008 bekannt wurde, ließen mehrere Lidl-Vertriebsgesellschaften heimlich ihre Arbeitnehmer überwachen. Detektive protokollierten Informationen aus dem Privatleben, wie Beziehungsprobleme oder finanzielle Schwierigkeiten, über das Verhalten bei der Arbeit und zwischen den Kollegen. Betriebsräte gibt es bei Lidl kaum. Aber die Behörden schlugen zu.

Die Lidl-Vertriebsgesellschaften beauftragten, vorgeblich „zur Verringerung inventurrelevanter Verluste“, Sicherheitsunternehmen, die durch Ladendetektive unter dem Einsatz von Videokameras die Mitarbeiter heimlich beobachteten. Neben den ohnehin vorhandenen Überwachungskameras wurden auch versteckte Minikameras verwendet. Doch nicht nur beobachtet wurde, sondern vor allem auch zugehört – und das relativ ungestört, weil den Arbeitnehmern weisgemacht wurde, die Detektive sollten die Kunden überwachen.



© *grahp* / *PIXELIO*

Die Ergebnisse der Überwachungen wurden in Einsatzberichten festgehalten, die den Lidl-Gesellschaften zur Verfügung gestellt wurden. In einem Fall führte der Protokollinhalt nachweisbar zur Kündigung einer Arbeitnehmerin.

Aufgedeckt wurde die Affäre durch das Magazin „stern“ im März 2008. Ein großes Medien-echo folgte.




Zwölf Datenschutzaufsichtsbehörden in den betroffenen Bun-

desländern leiteten, koordiniert durch die baden-württembergische Behörde, datenschutzrechtliche Überprüfungen ein. In vielen der Einzelfälle stellten die Behörden – vielfach schwerwiegende – Verletzungen des Datenschutzrechts fest.

Auch die Tatsache, dass keine der betroffenen 35 Vertriebsgesellschaften den vorgeschriebenen betrieblichen Datenschutzbeauftragten hatte, führte zu Bußgeldern.

Einzelheiten hat die baden-württembergische Aufsichtsbehörde im September 2008 in einer längeren Pressemitteilung veröffentlicht.

Natürlich sind 1 ½ Millionen Euro nicht viel, wenn schon der Werbeetat im dreistelligen Millionenbereich liegt. Doch ist das Einschreiten des staatlichen Datenschutzes von hohem Signalwert. Der Datenschutzskandal hat außerdem die Aufmerksamkeit einmal mehr auf den Wert einer funktionierenden Betriebsverfassung gelenkt. Betriebsräte gibt es bei Lidl nämlich kaum. Doch die Tendenz ist steigend: In Hamburg sind seit November 2007 immerhin in zwei Filialen Betriebsräte entstanden. Außerdem ist erstmals ein Gesamtbetriebsrat gebildet worden.

Siehe:  <http://www.im.baden-wuerttemberg.de/fm7/2028/Lidl%20%20-Bu%Dfgeldverfahren%20abgeschlossen.470204.pdf> (Pressemitteilung)  § 28 Abs. 1, § 4f Bundesdatenschutzgesetz
 <https://handel-hamburg.verdi.de/eh/lidl> (Lidl-BR-Wahl in Hamburg)

Zur Beachtung

Soweit hier rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung und für Schulungen wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Kanzleien

Berlin:

Hummel · Kaleck

Dieter Hummel*, Mechtild Kuby*,
Gerd Denzel, Karoline Haustein*,
Boris Karthaus*, Christian Fraatz

Immanuelkirchstraße 3–4
10405 Berlin
Telefon 030 - 446 792 - 0
Telefax 030 - 446 792 - 20
kanzlei@diefirma.net
www.diefirma.net

Düsseldorf:

Bell & Windirsch Anwaltsbüro

Stefan Bell*, Regine Windirsch*, Sigrid
Britschgi, Christopher Koll*, Verena Linz

Marktstraße 16
40213 Düsseldorf
Telefon 0211 - 863 20 20
Telefax 0211 - 863 20 222
info@fachanwaeltInnen.de
www.fachanwaeltInnen.de

Frankfurt am Main:

Franzmann Büdel Bender

Armin Franzmann*, Detlef Büdel*, Achim
Bender*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*

Petersstraße 4
60313 Frankfurt am Main
Telefon 069 - 133 85 81 - 0
Telefax 069 - 133 85 81 - 14
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de
www.fbb-arbeitsrecht.de

Freiburg:

Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*

Wilhelmstraße 10
79098 Freiburg
Telefon 0761 - 387 92 11
Telefax 0761 - 280 02 4
u.behrens-hegarhaus@t-online.de
www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

Hamburg:

Kanzlei Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier

Klaus Müller-Knapp*, Jens Peter Hjort*,
Wolfgang Brinkmeier*, Manfred Wulff*,
Andreas Bufalica, Ute Kahl, Dr. Julian Richter,
Jasmin Stahlbaum-Philp

Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon 040 - 69 65 763
Telefax 040 - 28 07 493
kanzlei@anwaelte-mkhhb.de
www.anwaelte-mkhhb.de

Hannover:

Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug

Detlef Fricke, Joachim Klug*

Goseriede 12
30159 Hannover
Telefon 0511 - 700 74 - 0
Telefax 0511 - 700 74 - 22
post@fricke-klug.de
www.fricke-klug.de

Konstanz:

RAe Haenel, Zepf, Wirlitsch & Koll.

Margrit Zepf*, Michael Wirlitsch*

Münzgasse 29
78462 Konstanz
Telefon 07531 - 1316 - 0
Telefax 07531 - 1316 - 16
kanzlei@haenelzopf.de
www.haenelzopf.de

München:

Kanzlei Rüdiger Helm
Menschenrechte im Betrieb

Rüdiger Helm, Christiane Fuchs, Susanne
Sturm, Gerd Nies, Christine Steinicken,
Volker Lehmann

Schwanthalerstraße 73
80336 München
Telefon 089 - 51 701 660
Telefax 089 - 51 701 661
kanzlei@kanzlei-helm.de
www.kanzlei-helm.de

Nürnberg:

Manske & Partner

Wolfgang Manske*, Ute Baumann-Stadler*,
Beate Schoknecht*, Jürgen Markowski*,
Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*

Bärenschanzstraße 4
90429 Nürnberg
Telefon 0911 - 30 73 10
Telefon 0911 - 26 26 37
Telefax 0911 - 26 51 50
kanzlei@manske-partner.de
www.manske-partner.de

Wiesbaden:

Schütte - Jancke - Heer

Reinhard Schütte*, Wilfried Jancke*, Claudia
Heer*, Kathrin Schlegel*


Adolfsallee 22
65185 Wiesbaden
Telefon 0611 - 99377-0
Telefax 0611 - 99377-20
rae@wiesbaden-arbeitsrecht.de
www.wiesbaden-arbeitsrecht.de

*) Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

Der Rundbrief der Anwaltskooperation ArbeitnehmerAnwälte wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier (Rechtsanwälte Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort, Wolfgang Brinkmeier, Manfred Wulff), Kaemmererufer 20, D-22303 Hamburg, Telefon: 040-6965763, Telefax: 040-2807493, E-Mail: kanzlei(at)anwaelte-mkhh.de. Verantwortlich: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter.

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg. Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

 *Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.*