

Erfolgreiche Flucht aus Tarifverträgen oder verbotene Arbeitnehmerüberlassung?



Die Deutsche Telekom strebt es an, andere Unternehmen haben es bereits geschafft: Die Absenkung tariflicher Entgelte und sonstiger tarifvertraglicher Bedingungen zu Lasten der Arbeitnehmer. Hierzu bieten sich in der Praxis unterschiedliche Wege an. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit verschiedenen Verfahrensweisen auseinander, u.a. mit einer Konstellation, die sich im Grenzbereich der Arbeitnehmerüberlassung bewegt.

Will ein Arbeitgeber vermeintlich lästige und zu teure Verbandstarife abschütteln, mag

er zunächst daran denken, aus seinem Arbeitgeberverband auszutreten. Gemäß § 3 Abs. 3 TVG bleibt aber auch nach einem Verbandsaustritt die Tarifgebundenheit solange bestehen, bis der Tarifvertrag endet. Nach Ablauf eines Tarifvertrages gelten im übrigen trotz Verbandsaustritt seine Rechtsnormen noch solange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (sog. Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG). Der Arbeitgeber kann also die Verbandstarife durch schlichten Austritt aus dem Arbeitgeberverband nicht abschütteln, sondern es müsste ihm schon gelingen, sie nach deren Ende durch eine andere Abmachung zu ersetzen. Dabei scheiden jedoch aufgrund der Sperre des § 77 Abs. 3 BetrVG in aller Regel betriebliche Bündnisse aus. Mit dem eigenen Betriebsrat lässt sich also im Stadium der Nachwirkung der Verbandstarife keine Ablösung durch Betriebsvereinbarungen erreichen. Allein der Weg über eine Vielzahl von individuellen Änderungsverträgen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer ist (theoretisch) möglich. Dabei hat der Arbeitgeber noch das zusätzliche Problem, dass er u.U. bei einem hohen Organisationsgrad seiner Belegschaft entweder wieder durch Streik zur Flucht zurück in den Verband oder alternativ zum Abschluss eines Anerken-

nungs-Haustarifvertrages gezwungen wird: erreicht wäre also letztlich aus Arbeitgebersicht nichts.

Alternativ hierzu mag der Arbeitgeber auf den Gedanken verfallen, Tochtergesellschaften zu gründen und zumindest einzelne Teilbereiche im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB auszugliedern. Dann aber gehen die betroffenen Mitarbeiter mit sämtlichen Rechten und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen über. Ist die Tochtergesellschaft nicht Mitglied des tariflichen Arbeitgeberverbandes, gelten die vormaligen Verbandstarife als Inhalt der Arbeitsverhältnisse weiter. Fraglich ist, ob die Tarifbestimmungen „eingefroren“ übergehen, also zumindest nicht mehr an der weiteren Tarifentwicklung der Branche teilnehmen. Dies gilt jedoch nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 14.12.2005 – 10 AZR 296/05 – sowie vom 18.04.2007 – 4 AZR 652/05 –) jedenfalls dann nicht, wenn die Mitarbeiter in ihren Arbeitsverträgen eine sog. „Bezugnahme Klausel“ auf die jeweiligen Tarife einer Branche stehen haben und diese Klausel nach dem 31.12.2001 verabredet worden ist. In diesem Fall nehmen die übergebenen Mitarbeiter auf ewig genauso wie vor dem Be-

triebsübergang auch danach an der weiteren tariflichen Entwicklung der Branche teil, und zwar vollkommen unabhängig davon, ob der neue Arbeitgeber selbst tarifgebunden ist oder nicht. Abhilfe schafft nur die richtige Formulierung einer solchen Bezugnahme Klausel, und zwar in dem althergebrachten Sinne einer sog. „Gleichstellungsabrede“.

Mancher Arbeitgeber versucht stattdessen, einen Betriebsübergang von vornherein zu vermeiden und den damit verbundenen „Fesseln“ zu entgehen. Dies ist im Einzelfall sicherlich möglich. Das BAG hat selbst einer Entscheidung aus August 2005 (8 AZR 523/04) den Weg gewiesen, wie man hierzu im Fall der eigenen wirtschaftlichen Krise eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft einsetzen kann.

Schließlich ist nicht zuletzt im öffentlichen Dienst noch eine andere Vorgehensweise zu beobachten: Hier gründen Arbeitgeber, die den Tarifbestimmungen des öffentlichen Dienstes (TVöD) unterfallen, Tochtergesellschaften, die selbst nicht verbandsangehörig sind. Diese Tochtergesellschaften stellen dann in Zukunft das neue Personal ...

Fortsetzung auf Seite 4

Inhalt

Seite 1

- Erfolgreiche Flucht aus Tarifverträgen oder verbotene Arbeitnehmerüberlassung?

Seite 2

- Anspruch auf Elternteilzeit
- Aktuelle Entscheidung zum AGG – Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen

Seite 3

- Surfen im Internet: Kündigung ohne Abmahnung kann gerechtfertigt sein.

Seite 4

- Fortsetzung von Seite 1

Anspruch auf Elternteilzeit

Das Bundeserziehungsgeldgesetz (BerzGG) ist seit dem 01.01.2007 durch das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) abgelöst worden. Im Hinblick auf die in Anspruchnahme von Elternzeit und Elternteilzeit enthält das Gesetz im Wesentlichen gleiche Regelungen, wie vormals das BerzGG.

Nach § 15 Abs. 6 BEEG haben Arbeitnehmer während der Elternzeit Anspruch auf eine bis zu zweimalige Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit (Elternteilzeit). Die Zustimmung zu einem Antrag auf Elternteilzeit kann der Ar-

beitgeber nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Nach einer Entscheidung des BAG vom 05.06.2007 (Az: 9 AZR 82/07) kann sich der Arbeitgeber zur Ablehnung einer Elternteilzeitvereinbarung nicht darauf berufen, dass er den Arbeitsplatz des Elternzeitlers inzwischen anderweitig besetzt habe. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die Ersatzkraft in Vollzeit und unbefristet eingestellt hat. Denn durch eine solche Neueinstellung erhöht der Arbeitgeber den vorhandenen Personalbestand dauerhaft.

Der Arbeitgeber kann einen

Antrag auf Elternteilzeit nach dem Urteil des BAG allerdings ablehnen, wenn der Arbeitnehmer den Antrag bereits stellt, bevor er den Zeitraum für die Inanspruchnahme der Elternzeit verbindlich festgelegt hat. Der Anspruch auf Elternteilzeit kann erstmals geltend gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer verbindlich festgelegt hat, für welchen Zeitraum Elternzeit verlangt wird. Anderenfalls ist der Antrag verfrüht.

■ Carolin Mirwald
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Beratungstipp

Der Arbeitgeber sollte prüfen, ob dringende betriebliche Gründe bestehen, um eine Vereinbarung über Elternteilzeit abzulehnen. Solche Gründe können u.a. darin liegen, dass die Stelle nicht teilbar ist. Liegen Ablehnungsgründe vor, ist dem Arbeitgeber dringend zu raten, diese dem Arbeitnehmer innerhalb der Vier-Wochen-Frist des § 15 Abs. 7 BEEG schriftlich mitzuteilen. Andernfalls ist er in einem ggf. folgenden Rechtsstreit mit diesen Gründen präkludiert, also ausgeschlossen.

Aktuelle Entscheidung zum AGG

Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen

Das Arbeitsgericht Osnabrück hat – soweit bekannt – als erstes deutsches Gericht einen Interessenausgleich und zugleich eine Kündigung wegen des Verstoßes gegen das AGG für unwirksam erklärt.

In seiner Entscheidung vom 05.02.2007 (Az: 3 Ca 778/06) erklärte das Arbeitsgericht eine auf einem Interessenausgleich basierende betriebsbedingte Kündigung für sozialwidrig, weil die zugrunde liegende Sozialauswahl gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoße.

Der Arbeitgeber hatte mit seinem Betriebsrat einen Interessenausgleich vereinbart.

In diesem Interessenausgleich waren Altersgruppen gebildet worden, unter anderem eine Altersgruppe der über 55jährigen. Aus dieser Altersgruppe sollten alle Arbeitnehmer gekündigt werden, die die Möglichkeit hatten, nach Ablauf von 30 Monaten (12 Monate Transfergesellschaft und 18 Monate Arbeitslosengeldbezug) ab der Kündigung eine Altersrente zu beziehen.

Das Arbeitsgericht Osnabrück sah in dieser Regelung eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters. Die Benachteiligung der Älteren im Sinne einer „weniger günstigen Behandlung“ sei durch die getroffene Regelung of-

fensichtlich. Die Benachteiligung sah das Gericht als nicht gerechtfertigt an. Damit sei der Interessenausgleich wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 7 Abs. 1 AGG) ebenso unwirksam, wie die auf ihm basierende Kündigung.

Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung, dass das Gericht die Vorschrift des § 2 Abs. 4 AGG nicht angewendet hat. Die Vorschrift sieht vor, dass das AGG auf Kündigungen von Arbeitsverhältnissen nicht anwendbar ist, sondern für diese ausschließlich die Bestimmungen zum Kündigungsschutz gelten.

Das Gericht schloss sich der herrschenden Meinung an, die in dieser Vorschrift einen Verstoß gegen die dem AGG zugrunde liegende europäische Richtlinie sieht. Hiernach hätten Kündigungen nicht vom AGG ausgenommen werden dürfen (EuGH vom 11.07.2006 – C 13/05).

Es bleibt abzuwarten, ob sich dieser Auffassung weitere Gerichte anschließen und die Frage der Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen einer Entscheidung durch den Europäischen Gerichtshof zuführen werden.

■ Carolin Mirwald
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Surfen im Internet: Kündigung ohne Abmahnung kann gerechtfertigt sein

Bereits in den vergangenen Jahren hat das BAG eine Reihe von Entscheidungen zu verhaltensbedingten Kündigungen erlassen, die wegen Surfens im Internet durch Arbeitnehmer ausgesprochen worden waren. Am 31.05.2007 hat das BAG seine bisherige harte Linie gegenüber Internetsurfern noch einmal bestätigt (Az: 2 AZR 200/06).

Im zu entscheidenden Fall war am Arbeitsplatz des Klägers ein PC mit Internetzugang

vorhanden, den der Kläger jedoch nicht alleine nutzte. Im Betrieb der beklagten Arbeitgeberin war die private Internetnutzung nicht ausdrücklich untersagt. Dem Kläger wurde vorgeworfen, er habe von dem PC aus mehr als zehnmal Internetseiten mit vorwiegend erotischem oder pornografischem Inhalt aufgerufen und pornografische Bilddateien auf dem Computer abgespeichert. Die Beklagte hatte daher das Arbeitsverhältnis fristgerecht verhaltensbedingt gekündigt.

Das BAG urteilte, dass die private Internetnutzung während der Arbeitszeit eine erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstelle und daher eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen könne. Dies gelte unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die private Internetnutzung verboten oder die Pflichtverletzung vor Kündigungsausspruch abgemahnt habe. Zu prüfen sei in jedem Fall die Schwere der Pflichtverletzung und somit der Umfang der privaten Internetnutzung. Im Streitfall hatte das BAG den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen.

Bereits in seinen Urteilen vom 07.07.2005 (Az: 2 AZR 581/04), 27.04.2006 (Az: 2 AZR 286/05) und 12.01.2006 (Az: 2 AZR 179/05) hatte das BAG privates Internetsurfen als verhaltensbedingten Kündigungsgrund anerkannt und zum Teil die Notwendigkeit einer vorherigen Abmahnung verneint. Nach Auffassung des BAG liegt die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung nicht nur in einer verbotswidrigen privaten Nutzung des Internets, sondern auch darin, dass durch das Herunterladen von Daten die Gefahr von Virenfürungen und Störungen der betrieblichen Computersysteme drohen könne, darüber hinaus könne es beim Aufruf pornografischer Seiten zu Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen. Die

Beratungstipp

Bei Verdacht einer übermäßigen privaten Internetnutzung durch Arbeitnehmer sollte der Arbeitgeber, bevor er den Computer des Arbeitnehmers untersucht, den Betriebsrat beteiligen, um die Verletzung von Mitbestimmungsrechten zu vermeiden. Vor Ausspruch einer Kündigung ist der Arbeitnehmer anzuhören, das gilt insbesondere dann, wenn sich der Tatverdacht für eine Tat Kündigung nicht hinreichend erhärtet und daher eine Verdachtskündigung ausgesprochen wird. Von einer vorherigen Abmahnung sollte allerdings nur dann abgesehen werden, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Umfang arbeitsvertragliche Pflichten verletzt hat.

private Internetnutzung könne außerdem zu erheblichen Kosten für den Arbeitgeber führen. Letztlich sei zu beachten, dass der Arbeitnehmer bei einer privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringe und bereits dadurch seine Arbeitspflicht verletze.

■ Carolin Mirwald
Fachanwältin für Arbeitsrecht



Arbeitsrechtliche Praktiker
SEMINARE GmbH

in Kooperation mit den Rechtsanwälten der Ulrich Weber & Partner GbR

Seminare 2007

- Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz & seine Bedeutung in der Praxis
- Die Befristung von Arbeitsverträgen & der Anspruch auf Teilzeit
- Der Betriebsübergang nach § 613a BGB – aktuelle Rechtsprechung
- Abmahnung, verhaltens- sowie personenbedingte Kündigung („Low-Performer“)
- Grundlagenseminar Arbeitsrecht:
1. Tag Individualarbeitsrecht
2. Tag Kollektivarbeitsrecht
- Die einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen

Anmeldung &
weitere Infos:

www.aps-seminare.de

Fortsetzung von Seite 1

ein. Die Muttergesellschaft hingegen baut in Folge der natürlichen Personalfuktuation zunehmend ihr Personal ab und entwickelt sich damit mehr und mehr zu einer Unternehmung ohne eigenes Personal. Im übrigen arbeiten Mutter- und Tochtergesellschaft unter einheitlicher Führung und unter einem „Dach“ zusammen und erledigen gemeinsam etwa den Betrieb von Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen etc.

Die Frage, die sich dabei stellt, ist, ob nicht unter Umständen durch den Einsatz der fremden Tochter-Arbeitnehmer in den Einrichtungen der Muttergesellschaft eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung gegeben sein könnte, insbesondere mit dem unliebsamen Effekt, dass die entliehenen Arbeitnehmer nach dem sog. „Equal-Pay-Gebot“ monetär genauso zu stellen sind, wie die eigene Belegschaft.

Gegen die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sprechen jedoch zwei entscheidende Gesichtspunkte: Zum Einen ist davon auszugehen, dass regelmäßig Mutter- und Tochtergesellschaft einen sog. gemeinsamen Betrieb zweier Unternehmungen im Sinne des § 1 Abs. 2 BetrVG bilden. Der Betriebsrat der Muttergesellschaft ist mithin auch für die neuen Mitarbeiter zuständig.

Folglich gelten dann die Betriebsvereinbarungen aus dem Hause der Mutter auch für die neuen Mitarbeiter der Tochtergesellschaft. Führen jedoch Mutter- und Tochtergesellschaft einen Gemeinschaftsbetrieb liegt regelmäßig keine Arbeitnehmerüberlassung vor. So sei keine Arbeitnehmerüberlassung gegeben, wenn die Arbeitnehmer in einen Gemeinschaftsbetrieb entsandt werden, zu dessen gemeinsamer Führung sich ihr Vertragsarbeitgeber und ein Dritter rechtlich verbunden haben (BAG, Urteil vom 25.10.2000 – 7 AZR 487/99 – sowie vom 03.12.1997 – 7 AZR 764/96).

Die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes scheidet in diesen Fällen überdies daran, dass das Gesetz eine Gewerbsmäßigkeit im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung voraussetzt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Nach der Rechtsprechung des BAG (Beschluss v. 20.04.2005 – 1 ABR 20/04 – sowie 25.01.2005 – 1 ABR 61/03) ist gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG jedoch nur eine auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete Tätigkeit. Die Zahlung einer Umlage von 5% der Bruttovergütung jedes überlassenen Arbeitnehmers durch den Entleiher begründe dann keine Gewinnerzielungsabsicht des Vertragsarbeitgebers, wenn hierdurch lediglich

seine Kosten gedeckt würden. Bei der Vertragsgestaltung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft im Rahmen der gemeinsamen Führung der Einrichtungen ist also darauf zu achten, dass keine Gewinnerzielungsabsicht zu erkennen ist, sprich die Muttergesellschaft sollte der Tochtergesellschaft allein deren Selbstkosten zuzüglich einer Umlage von maximal 5% erstatten. Dann ist nach der Rechtsprechung des BAG keine Gewerbsmäßigkeit gegeben, so dass auch unter diesem Blickwinkel die aus Arbeitgebersicht unliebsamen Folgen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vermieden werden.

Der Vorteil für den Arbeitgeber der zuletzt beschriebenen Vorgehensweise ist, dass die Muttergesellschaft nach wie vor Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist und damit während der Geltung der Verbandstarife weiterhin der Friedenspflicht unterliegt. Auf den Abschluss eines Haustarifvertrag kann sie also nicht in Anspruch genommen werden. Die Tochtergesellschaft unterliegt zwar nicht der Friedenspflicht, die Frage ist aber, ob die neuen Arbeitnehmer sogleich einen hohen Organisationsgrad aufweisen und damit die zuständige Gewerkschaft ausreichend mächtig wäre. Schließlich dürfte auch unternehmenspolitisch, nicht zuletzt auch mit Blick auf

den eigenen Betriebsrat, dieser Weg eher zu vermitteln sein, da er für die bisherige Stammebelegschaft keine Veränderungen zur Folge hat und die Rechtsstellung der Betriebsrats nicht angetastet wird.

Das BAG hat überdies in seiner Entscheidung vom 20.04.2005 (7 ABR 20/04) ausgeführt, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gelte nur innerhalb desselben Arbeitgebers. Ein Arbeitnehmer aus dem Hause der Tochtergesellschaft kann sich mithin nicht darauf berufen, dass sein Kollege, der einen Arbeitsvertrag noch mit der Muttergesellschaft abgeschlossen hat, für die gleiche Arbeit eine höhere Vergütung erhalte. Deswegen konnte in dem am 20.04.2005 entschiedenen Fall der Betriebsrat mit diesem Argument einer Einstellung im Rahmen der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG nicht widersprechen. Die fehlende Zustimmung wurde vom BAG ersetzt.

Es zeigt sich also, dass in der Praxis verschiedene Wege für Arbeitgeber denkbar sind, um sich von Verbandstarifen zu lösen. Was rein rechtlich allerdings in diesem Zusammenhang machbar ist und was nicht, sollte zuvor möglichst gut bedacht sein.

■ Dr. Frank Dahlbender,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Impressum

Gürzenichstraße 16 · 50667 Köln
Tel. 02 21-94 36 87-0 · Fax -94 36 87-27
buero-koeln@ra-weber-partner.de

Arndtstraße 39 · 60325 Frankfurt/M.
Tel. 0 69-97 40 36-0 · Fax -97 40 36-66
buero-frankfurt@ra-weber-partner.de

Urheberrechte: Der Newsletter und alle darin veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das alleinige Nutzungsrecht liegt bei der Ulrich Weber & Partner GbR.



ULRICH WEBER & PARTNER GbR

RECHTSANWÄLTE – FACHANWÄLTE FÜR ARBEITSRECHT

KÖLN · FRANKFURT/MAIN · BERLIN · STUTTGART

Weitere Informationen über die Sozietät Ulrich Weber & Partner GbR erhalten Sie unter www.ra-weber-partner.de

Friedrichstraße 82 · 10117 Berlin
Tel. 0 30-20 62 98-0 · Fax -20 62 98-10
buero-berlin@ra-weber-partner.de

Wilhelmsplatz 11 · 70182 Stuttgart
Tel. 07 11-49 07 08-0 · Fax -49 07 08-10
buero-stuttgart@ra-weber-partner.de

Verbreitungsform: Zusendung per E-mail oder als kostenloser Internetdownload als PDF-Datei unter www.ra-weber-partner.de

Design & Layout: I-Motion Communication
56218 Mülheim-Kärlich, Tel. 02 61-921 584-0

Die rechtlichen Ausführungen in diesem Newsletter beinhalten keinen Rechtsrat im Einzelfall. Sie sollen lediglich Anhaltspunkte bieten. Die erteilten Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtslage, die Rechtsprechung und die Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise und in verkürzter Form wieder. Sie können eine den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werdende, individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.